
VE RI
TAS



Festschrift
PAUL LABAND

gewidmet

von

der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Kaiser-Wilhelms-Universität Straßburg



TÜBINGEN
Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck)
1908

PAUL LABAND

zur fünfzigsten Wiederkehr
des Tages seiner Doktorpromotion

gewidmet

am 1. Mai 1908

von der

rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Kaiser-Wilhelms-Universität
Straßburg.

Verzeichnis der Beiträge.

Graf von Merenberg

und die Nachfolge

in das

Nassauische Hausfideikommiß

von

Hermann Rehm.

Vorbemerkung.

Was hier folgt, ist der unveränderte Abdruck eines Gutachtens, das ich am 21. Mai 1906, also mehr als ein Jahr vor der Aufrollung der luxemburgischen Thronfolgefrage Herrn Grafen Georg von Merenberg erstattet habe. Ich veröffentliche es hier, weil es die nämlichen Punkte betrifft, die in der Hauptsache jene Thronfolgefrage bestimmen. Über letztere liegen außer den Verhandlungen der luxemburgischen Kammer Arbeiten von Max Silberstein, Hans von Frisch, Paul Laband und Joseph Brincour vor, die sämtlich 1907 erschienen. Herr Graf Merenberg hat die Veröffentlichung meines Gutachtens durch seine Zustimmung ermöglicht. Dafür gebührt ihm Dank. Eine selbstverständliche Bedingung der Zustimmung war, daß der Abdruck unverändert und unverkürzt erfolge. Das urkundliche Material findet sich zum Teil vollständiger, als es mir zur Verfügung stand, abgedruckt in der erwähnten Arbeit von Max Silberstein.

Erster Abschnitt.

Hausgut und Sukzessionsfähigkeit nach Nassauischem Hausrechte im Allgemeinen.

§ 1. Die rechtliche Natur des Walramischen Hausgutes nach dem Erbvereine von 1783.

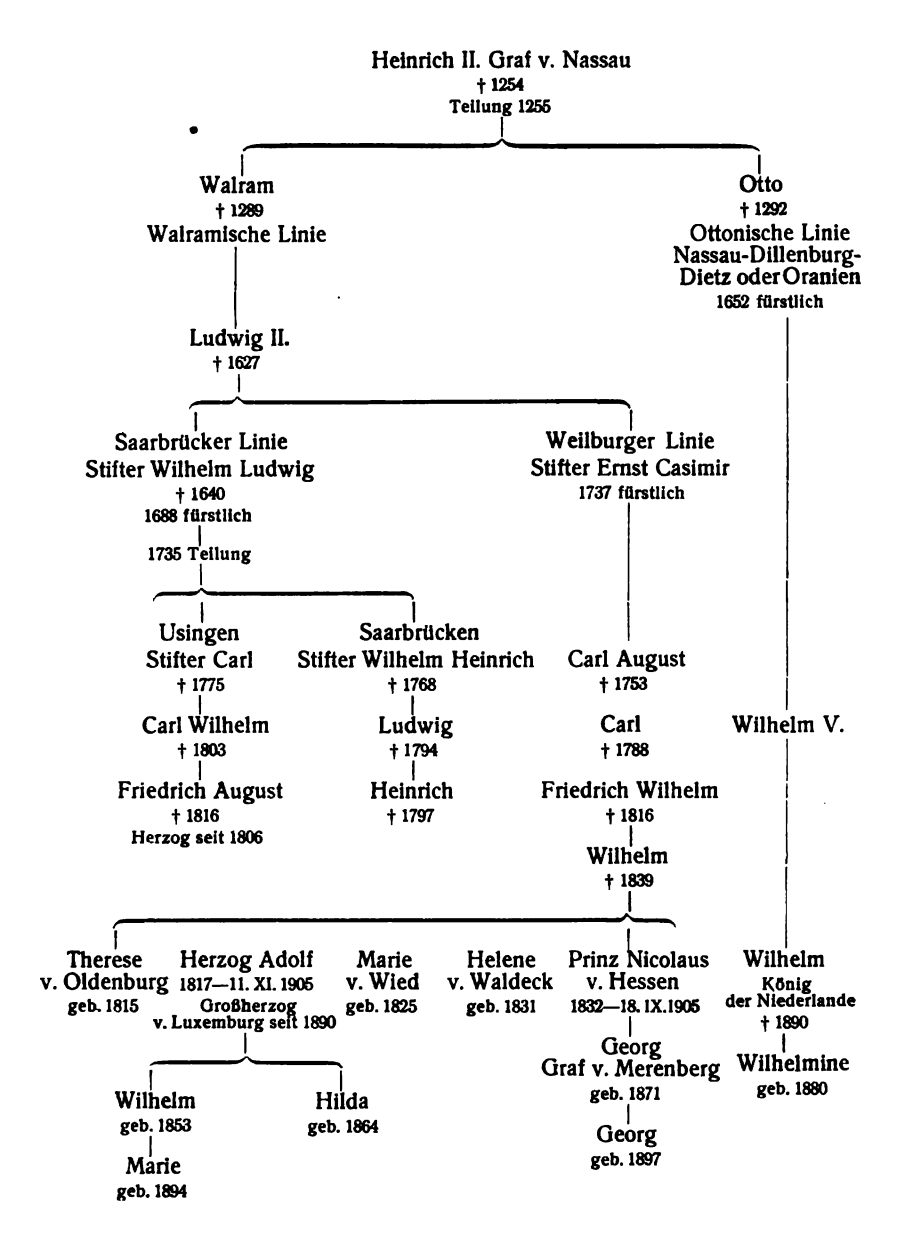
Zur gutachtlichen Äußerung ist mir die Frage vorgelegt, ob Georg Graf von Merenberg, der am 13. Februar 1871 geborene Sohn des am 18. September 1905 verstorbenen Prinzen Nikolaus von Nassau, Anwartschaft auf Nachfolge in das herzoglich Nassauische Hausfideikomiß besitze. Die Frage erweitert sich unwillkürlich zu einer Frage nach der hausrechtlichen Stellung des Grafen von Merenberg überhaupt. Denn von ihr hängt eben ab, ob Graf von Merenberg Rechte auf Nachfolge in jenes Fideikommiß in Anspruch zu nehmen vermag.

Das Verständnis des Ganzen erfordert zunächst die Aufmachung eines genealogischen Bildes. Wir geben es auf Seite 5.

Um die rechtliche Natur des nassauischen Hausvermögens festzusetzen, müssen wir sofort von dieser genealogischen Skizze Gebrauch machen.

Nach ihr bestanden 1783 im nassauischen Gesamthause zwei Hauptstämme, das Walramer und das Ottonische oder Oranische Haus. Nur das erstere war noch weiter gegliedert. Es zerfiel in das Spezialhaus Saarbrücken und das Spezialhaus Weilburg. Und von diesen war das älterere, das Haus Saarbrücken, nochmals geteilt. Es gliederte sich in das Haus Usingen und in Saarbrücken im engeren Sinne.

Die vier hiernach vorhandenen selbständigen Häuser schlossen im Juni 1783 den erneuerten nassauischen Erbverein. D. h. sie vereinbarten, einen Erbvertrag von 1736 damit erneuernd und ausbauend, unter Berücksichtigung ihrer näheren oder ferneren



Heinrich II. Graf v. Nassau
† 1254
Teilung 1255
Walram
† 1289
Walramische Linie
Otto
† 1292
Ottonische Linie
Nassau-Dillenburg-
Dietz oder Oranien
1652 fürstlich
Ludwig II.
† 1627
Saarbrücker Linie
Stifter Wilhelm Ludwig
† 1640
1688 fürstlich
1735 Teilung
Weilburger Linie
Stifter Ernst Casimir
1737 fürstlich
Usingen
Stifter Carl
† 1775
Saarbrücken
Stifter Wilhelm Heinrich
† 1768
Carl August
† 1753
Carl Wilhelm
† 1803
Ludwig
† 1794
Carl
† 1788
Wilhelm V.
Friedrich August
† 1816
Herzog seit 1806
Heinrich
† 1797
Friedrich Wilhelm
† 1816
Wilhelm
† 1839
Therese
v. Oldenburg
geb. 1815
Herzog Adolf
1817—11. XI. 1905
Großherzog
v. Luxemburg seit 1890
Marie
v. Wied
geb. 1825
Helene
v. Waldeck
geb. 1831
Prinz Nicolaus
v. Hessen
1832—18. IX. 1905
Wilhelm
König
der Niederlande
† 1890
Wilhelm
geb. 1853
Hilda
geb. 1864
Georg
Graf v. Merenberg
geb. 1871
Wilhelmine
geb. 1880
Marie
geb. 1894
Georg
geb. 1897

Verwandtschaft gegenseitiges Erbrecht. Es sollen sich gegenseitig beerben der „Nassau-Saarbrückische Hauptstamm", wie die Walramer Linie in dem Abkommen genannt wird, und der Oranien-Nassauische Mannesstamm und innerhalb des erstgenannten Hauptstammes soll zwischen den Speziallinien Nassau-Usingen und Nassau-Saarbrücken engeres Erbrecht gelten, zwischen ihnen und der Nassau-Weilburger Linie wechselseitig weiteres Erbrecht Rechtens sein. Der Erbverein ist im Verordnungsblatte für das Herzogtum Nassau vom Jahre 1861 abgedruckt, indem er — nach § 57 dieses Gesetzes — eine Anlage des nassauischen Staatsgesetzes über die Domänen vom 23. Jan. 1861 zu bilden hatte, also durch das genannte Domänengesetz zu einem Staatsgesetze erhoben war.

Auch fürstenrechtlich betrachtet, stellt er keinen Vertrag, kein Rechtsgeschäft, sondern ein Hausgesetz, einen Hausgesetzgebungsakt des Gesamthauses Nassau dar. Hausgesetze, die mehrere Agnaten zusammen erließen, wurden aus diesem Grunde nicht Ordnungen oder Statuten, sondern Einigungen, Vereine, Verträge usw. genannt.

Daß der Erbverein sachlich ein Hausgesetz bildet, erlassen von den Chefs der vier damals vorhandenen Linien: Karl Wilhelm von Usingen, Ludwig von Saarbrücken, Carl von Weilburg und Wilhelm V. von Oranien, ist bedeutsam für die Frage nach der rechtlichen Natur des nassauischen Hausvermögens.

Der Erbverein von 1783 bestimmt, alle nassauischen Stammlande sollten ein „einzig unzertrenntes corpus" bilden und, was an Reichslanden seit 1255 von den beiden Hauptstämmen neu erworben worden sei, solle „dem Corpori dieser Stammeslande in vim fideicommissi familiae conventionalis et pacti realis einverleibet sein und bleiben." (Art. 3 und 4).

Damit ist das Vermögen aller Linien zu einer rechtlichen Einheit, zu einem Körper vereinigt, zu einem gemeinschaftlichen Besitze erklärt. Und zwar soll es haben die Kraft eines vertragsmäßigen Familienfideikommisses und eines dinglichen Vertrages.

Der Gegensatz dazu wäre ein auf Testament oder anderem Rechtstitel beruhendes Familienfideikommiß.

Falsch wäre, aus der Bezeichnung des Hausvermögens als Familienfideikommiß zu schließen, dasselbe sei durch den Erbverein zu einem Fideikommiß im Sinne unseres heutigen Rechtes erklärt worden.

Erforderlich ist, sich immer gegenwärtig zu halten, daß das Recht des 18. Jahrhunderts bei hochadeligen Familienvermögen nicht streng schied zwischen „Hausgut" und „Hausfideikommiß", sondern — das Wort Fideikommiß in einem weiteren Sinne gebrauchend — bei hochadeligen Häusern das Haus- oder Stammgut mit unter den Begriff Familienfideikommiß einstellte. Und doch besteht zwischen hochadeligem Stammgut und Fideikommiß eines hochadeligen Geschlechtes ein Unterschied von erheblichem Gewichte. „Hausgut" und Hausfideikommiß haben das gemein, daß ihr Inhaber sie nicht veräußern und der Substanz nach sie nicht schmälern darf. Aber darin unterscheiden beide sich: beim Fideikommiß beruht die Unveräußerlichkeit und diese Unverletzlichkeit auf einem Rechtsge schäft, beim Hausgut dagegen auf einem Hausges etz. Die Gültigkeit der Errichtung dorten steht also unter den Regeln über Gültigkeit der Rechtsgeschäfte, die Gültigkeit der Festsetzungen hier dagegen unter den Regeln über rechtsgültiges Zustandekommen einer Haussatzung.

Der Erbverein von 1783 handelt im übrigen Teil von Materien, die gewöhnlich durch Hausgesetz und nicht durch Rechtsgeschäft geregelt werden, teils von Materien, die nur in ersterer Form geregelt werden können. Letzteres gilt z. B. für die Verpflichtungen der fürstlichen Räte und Diener auf Befolgung, für die Erbhuldigung der Untertanen und die Einführung eines gemeinsamen Kirchengebetes. Der Erbverein regelt so sehr Punkte, die in Hausgesetzen geordnet zu werden pflegen (Versorgung der Nachgeborenen, der Töchter und Witwen), daß auch von ihm angenommen werden muß, er sei eine Haussatzung. Durch Haussatzung ist daher das nassauische Familienvermögen für unveräußerlich und unversehrbar erklärt. Das Wort Familienfideikommiß ist im Erbvereine von 1783 deshalb in einem weiteren Sinne gemeint. Seiner rechtlichen Natur nach ist das nassauische Familienvermögen auch nach dem Erbvereine von 1783 hochadeliges Stamm- und Hausgut.

Vgl. über den Unterschied von Hausfideikommiß und Hausgut Rehm: Modernes Fürstenrecht 1904 S. 324.

Zu diesem Ergebnisse stimmt auch die Auffassung, die innerhalb des Nassauischen Hauses über das rechtliche Wesen der Erbeinigung von 1783 herrscht. Herzog Wilhelm von Nassau erließ am 13. Dez. 1822 ein noch zu besprechendes Hausgesetz für seine Speziallinie Weilburg, auf die damals der Walramer Hauptstamm

agnatisch zusammengeschrumpft war. Die Aufgabe des Gesetzes soll sein, „die früheren hausgesetzlichen Anordnungen den gegenwärtigen (d. h. seit 1783 wesentlich veränderten) Verhältnissen anzupassen.“ Herzog Wilhelm versteht, wie aus dem Inhalte seines Gesetzes hervorgeht, unter jenen Anordnungen auch mit den Erbverein von 1783. Gleich nachher werden wir Veranlassung haben, von einem Hausgesetze Herzog Adolfs vom 18. April 1868 eingehender zu reden. In dem Gesetze wird die Erbvereinigung von 1783 ausdrücklich als „Hausgesetz“ bezeichnet. § 1 schreibt vor, daß in bestimmter Richtung alle die Normen zu gelten hätten, die bezüglich der Domänen d. h. des Hausvermögens „in Befolgung hausgesetzlicher Vorschriften insbesondere des Erbvereinigungsvertrages vom Jahre 1783“ in Anwendung gewesen seien.

Ist dieser Vertrag aber ein Hausgesetz, dann beruht der Fideikommißcharakter des nassauischen Familienvermögens nicht auf Rechtsgeschäft, Stiftung, sondern auf Satzung, Hausgesetz und ist das Hausfideikommiß in Wahrheit kein Fideikommiß, sondern ein sogenanntes Stamm- oder Hausgut.

§ 2. Die rechtliche Natur des Walramschen Hausvermögens nach dem Hausgesetze vom 18. April 1868.

I. Über rechtliche Natur und Verwendung des Walramischen Hausvermögens entstand, wie in anderen Staaten, auch in Nassau nach Einführung der Verfassung Streit zwischen Regierung und Ständen. Er wurde beigelegt durch das Domänengesetz vom 23. Januar 1861, also durch ein Staatsgesetz. In diesem Gesetze wurde bezüglich jenes Hausvermögens oder, wie es jetzt hieß, des Dominialgutes verfügt, es behalte zwar die in dem Erbvereinsvertrage vom 13. Juni 1783 festgestellte rechtliche Natur und Bestimmung, aber zugleich wurde festgesetzt d. h. gesetzlich festgelegt das Maß, in dem die Erträgnisse des Gutes zu den Staatsausgaben beizutragen hätten. Schon in vorkonstitutioneller Zeit lasteten auf ihm natürlich nicht bloß Haus-, sondern auch Staatsausgaben. Das Domänengesetz ordnete die Verteilung der Domäneneinnahmen auf Haus und Staat.

Da die Domänen auf diese Weise gesetzlich in den Dienst des Landes gestellt waren, zog sie Preußen bei der Einverleibung Nassaus zu Gunsten des preußischen Staates ein. Für seinen

Eigentumsverlust wurde das nassauische Fürstenhaus in Geld entschädigt. Es kam darüber ein Vertrag zwischen dem Staate Preußen und dem Herzog Adolf zu Nassau zu stande. Er datiert vom 18. September 1867 und ist abgedruckt in den Anlagen zu den Stenograpischen Berichten der Verhandlungen des preußischen Hauses der Abgeordneten 10. Legisl. Per. I. Sess, Bd. I 1867/68 S. 117. Nach dem Vertrage übernahm Preußen noch gewisse Verpflichtungen, die bisher der Domänenkasse obgelegen hatten, und außerdem erhielt Herzog Adolf eine Reihe von Grundstücken und Gebäuden zurück, die bis zu jener Einverleibung Bestandteile des Domänengutes und damit nassauisches Hausvermögen gewesen waren.

In dem Vertrage stand weiter die Bestimmung, was Herzog Adolf von Preußen auf Grund dieser Vereinbarung an Kapital- und Grundvermögen erhalte, sei „als Familienfideikommiß des Herzoglich Nassauischen Hauses zu konstituieren" (§ 2).

Hiernach hat es auf den ersten Blick den Anschein, als sei das herzogliche Haus verpflichtet worden, aus der Abfindung nicht ein sog. Hausgut, sondern jedenfalls ein Fideikommiß im technischen Sinne zu bilden.

Allein § 6 des Vertrages klärt, was jene Bestimmung des § 2 meint. Wir lesen in § 6: „Der König von Preußen überläßt dem Herzoge zu Nassau die Vereinbarung mit den Agnaten des Herzoglichen Hauses über die erforderlichen statutarischen Bestimmungen in betreff des nach § 2 zu bildenden Fideikommißvermögens." Dem Herzoge war damit freigegeben, schon die Bildung des Fideikommisses im Wege statutarischer Bestimmung, also im Wege hausgesetzlicher Anordnung zu betätigen. Ein Fideikommiß, das durch Hausgesetzgebungsakt begründet wird, ist aber kein Fideikommiß im eigentlichen Sinne, sondern Haus- oder Stammgut. Fideikommiß steht im Vertrage vom 18. Sept. 1867 somit in der in § 1 besprochenen weiteren Bedeutung, für alles unveräußerliche Hausvermögen. Es kann die rechtliche Natur eines Familienfideikomisses oder die eines hochadeligen Stammgutes besitzen. Anders ausgedrückt: es kann mehr nach Art des Bürgerlichen Rechts oder mehr nach Art des Lehnsrechts gebildet werden.

Zu dieser Auffassung stimmt auch der Inhalt eines nahezu gleichartigen Vertrages. Ich meine den ebenfalls in jenen Anlagen zu den Stenogr. Berichten über die Verhandlungen des preußischen

Abgeordnetenhauses 1867/68 Bd. I S. 118 abgedruckten Vertrag der Krone Preußen mit König Georg V. von Hannover über Abfindung des hannoverischen Königshauses. Hier ist in § 11 bestimmt, daß die Abfindungssumme einen integrierenden Bestandteil des unveräußerlichen Fideikommisses des Braunschweig-Lüneburgischen Gesamthauses bilden und sich in Gemäßheit der in dessen Hausgesetz vom 19. November 1836 festgesetzten Sukzessionsordnung vererben solle. Dieses Fideikommißvermögen des hannoverschen Königshauses hatte aber ausgemachter Sache nicht die Natur eines Fideikommisses im eigentlichen oder engeren Sinne; sondern es war Hausgut, Gut, dessen Unveräußerlichkeit auf Satzung, nicht auf Rechtsgeschäft beruhte.

II. Mit dem Vorgetragenen steht die tatsächliche Anordnung der Dinge, wie sie zur Ausführung des Vertrages vom 18. Sept. 1867 geschah, in völligem Einklange.

Die dem Herzoglich Nassauischen Fürstenhause gewährten Abfindungsgegenstände wurden nicht im Wege einer rechtsgeschäftlichen Stiftung, sondern im Wege des Erlasses eines Hausgesetzes fideikommissarisch gebunden, d. h. in Wahrheit zu Hausgut, nicht zu Hausfideikommiß erklärt.

Die betreffende Urkunde ist das sich selbst als „Statut" und als „Ergänzung der nassauischen Haus*gesetze*" bezeichnende Schriftstück, das Herzog Adolf zu Nassau am 18. April 1868 ausfertigte und das in der Folge die Zustimmung aller großjährigen Agnaten des nassauischen Gesamthauses fand.

Die Urkunde geht von einer anderen Rechtsauffassung aus, als dem Vertrage vom 18. Sept. 1867 mit dem Könige von Preußen zugrunde liegt.

Nach ihm war das ganze Nassauische Domänenvermögen in das Eigentum des preußischen Staates übergegangen, also das Eigentum des Nassauischen Hauses daran vernichtet und ihm jetzt nur ein Teil hiervon zurückgegeben. Die Urkunde vom 18. April 1868 dagegen ist von dem Standpunkte aus erlassen, als sei das Domänen-Fideikommiß des nassauischen Hauses durch die Einverleibung der nassauischen Domänen nicht vernichtet, sondern nur in seiner Zusammensetzung verändert worden. Sie behandelt die dem Hause Nassau im Jahre 1867 wieder zurückgegebenen Bestandteile des aufgehobenen Fideikommisses als sich noch im Fideikommißverbande befindend und fügt diesem als Ersatz für die von Preußen herausgenommenen Stücke die von der Krone

Preußen erhaltene Abfindungssumme ein. M. a. W. Herzog Adolf behandelt den ganzen Vorgang rechtlich nicht als Gründung eines neuen, sondern als Umgestaltung des alten Hausfideikommisses. Deshalb geschieht die Ausführung des Vertrages vom 18. Sept. 1867 im Wege des Hausgesetzes und erhält die neue Hausstiftung dieselbe Natur, die das Hausvermögen nach bisherigem Rechte besaß, die Natur, die ihm nach dem Erbverein von 1783 zukam. Auch das neue Hausfideikommiß ist somit in Wahrheit hochadeliges Hausgut. Daher gilt dafür im Zweifel das Recht der hochadeligen Hausgüter, nicht das gemeine Fideikommißrecht. Das alles macht der Wortlaut des Hausgesetzes vom 18. April 1868 sehr deutlich.

Wir lesen hier erstens: „Dieses (Uns von der Krone Preußen ausgelieferte) Vermögen — seine Bestandteile sind im Vorausgehenden aufgezählt —, welches sich teilweise im Fideikommißverbande bereits befindet, tritt an die Stelle des von der Krone Preußen in Besitz genommenen Dominialvermögens und finden bezüglich der rechtlichen Natur und Bestimmung der einzelnen Objekte und der später in Gemäßheit der Hausgesetzes in den Familienfideikommißverband eintretenden Vermögensteile alle Normen ohne Ausnahme Anwendung, welche bezüglich der Domänen zur Zeit vor der Erlassung des mit den Ständen des Herzogtums vereinbarten Gesetzes vom 23. Januar 1861 in Befolgung hausgesetzlicher Vorschriften, insbesondere des Erbvereinsvertrages vom Jahre 1783, in Geltung gewesen sind."

Zweitens bezeichnet sich das Schriftstück vom 18. April 1868 als „Vorschrift", die „erlassen" wurde, „nachdem in Befolgung der Bestimmungen des mit dem Könige von Preußen abgeschlossenen Vertrages vom 18. September 1867 eine mit dem gegenwärtigen Zustande übereinstimmende Modifikation des Erbvertrages vom Jahre 1783 und der dieses Hausgesetz ergänzenden Bestimmungen vom 13. Dezember 1822 notwendig geworden sei". Die Urkunde nennt sich somit selbst eine Modifikation der bisherigen Hausgesetze. Also ist sie selbst ein Hausgesetz. Und daher ist ihr Inhalt gültig und gegen jede Anfechtung gesichert, wenn das Hausgesetz so zustande kam, wie nach nassauischem Hausrechte oder, wenn dieses keine besonderen Normen darüber enthält, nach allgemeinem Fürstenrechte Hausgesetze zustande kommen müssen,

Das nassauische Hausrecht enthält hierüber keine Spezialnormen. Deshalb gilt der Satz des gemeinen Fürstenrechts: Haus-

gesetze bedürfen zu ihrer Gültigkeit der Zustimmung aller volljährigen und geschäftsfähigen Agnaten und, sofern sie Sonderrechte von Agnaten berühren, auch der Einwilligung der berufenen Vertreter von geschäftsunfähigen oder beschränkt geschäftsfähigen Agnaten, deren Sonderrechte in Mitleidenschaft gezogen werden.

Das Hausgesetz vom 18. April 1868 fand den Konsens der damals vorhandenen fünf großjährigen und geschäftsfähigen Agnaten. Vier davon gehörten dem Oranischen Hauptstamme an. Einer, Prinz Nikolaus, dem Walramer. Er gab seine agnatische Unterschrift am 15. Mai 1868. Das Hausgesetz vom 18. April 1868 ist somit rechtsgültig erlassen worden. Es wurde hierdurch ein neues nassauisches „Hausgut" errichtet, das den Namen nassauisches Hausfideikommiß trägt und auf das das Recht für anwendbar erklärt wurde, das für das untergegangene Hausgut in der Zeit vor Erlaß des Domänengesetzes vom 23. Januar 1861 gegolten hatte.

Herzog Adolf erklärte zu dem Gesetze auch in Vertretung seiner beiden minderjährigen Söhne die Zustimmung. Dies war überflüssig vom juristischen Standpunkte aus. Denn das neue Statut berührte die Rechte aller Agnaten, keine Sonderrechte einzelner.

§ 3. Die Sukzessionsfähigkeit nach dem Erbvereine vom Juni 1783.

Unser bisheriges Ergebnis geht dahin: das nassauische Hausvermögen hat zufolge des Hausgesetzes vom 18. April 1868 die rechtliche Natur behalten, die ihm der Erbverein von 1783 zuspricht. Der Erbverein von 1783, sich selbst ein pactum successorium perpetuum et reale nennend (Art. 43), sagt von dem gemeinsamen Besitze des nassauischen Fürstenhauses in Deutschland aus, er bilde eine Eigentumsgemeinschaft von der Natur eines „paktierten Familienfideikommisses" (Art. 23) d. h. ein nicht durch letztwillige Verfügung, sondern durch Familienvertrag begründetes Fideikommiß. Unter Familienvertrag fällt auch das im Wege der Vereinbarung zustande kommende Hausgesetz. Fideikommiß besitzt im 18. Jahrhundert auch eine weitere Bedeutung, umfaßt auch Stammgut. Der Erbvereinsvertrag von 1783 ist ein Hausgesetz. Durch Hausgesetze werden Stammgüter ge-

bildet. Also ist das durch den Erbverein von 1783 gefestigte Fideicommissum familiae conventionale, wie es in Art. 4 dieser Erbeinigung genannt wird, in Wahrheit ein hochadeliges Stammgut. Daher gelten für alle es betreffenden Rechtsfragen im Zweifel nicht Sätze des gewöhnlichen bürgerlichen, sogenannten gemeinen, sondern Sätze des besonderen bürgerlichen Rechtes der Fürsten, des sog. Privatfürstenrechtes.

Nach dieser Rechtsordnung, nach dem Rechte des hohen Adels, ist daher auch die Frage zu entscheiden, die uns hier interessiert, die Frage: „wer ist nachfolgeberechtigt in das Nassauische Hausfideikommiß?“

Alles Privatfürstenrecht zerfällt in zwei Teile, in eines aller oder vieler hochadeliger Häuser, das sog. gemeine Privatfürstenrecht, und in eines der einzelnen hochadeligen Geschlechter, das besondere Privatfürstenrecht.

Jedes hochadelige Haus kann solches besonderes Privatfürstenrecht für sich schaffen. Auch heute noch. Es geht dem gemeinen Privatfürstenrechte vor. Die Frage, die an uns daher herantritt, ist die: bestimmt das nassauische besondere Privatfürstenrecht etwas über das Recht der Nachfolge in das nassauische Hausgut?

I. Im Zweifel ist davon auszugehen, daß das besondere Hausrecht einer hochadeligen, einer fürstlichen Familie nicht weit abweicht von den Anschauungen, auf denen das gemeine Fürstenrecht beruht.

Das gemeine Privatfürstenrecht weicht aber von dem gemeinen bürgerlichen Rechte der Zeit, da es entstand, erheblich ab.

Einen wichtigen Rechtssatz haben gemeines bürgerliches und gemeines Fürstenrecht allerdings gemeinsam. Im Zweifel ist auch nach heutigem gemeinsamen Privatrechte noch von der Nachfolge in Familienfideikommisse, Haus- und Stammgüter ausgeschlossen der Weiberstamm, die Kognaten, zugelassen nur der Mannesstamm, die Agnaten. Kognaten sind alle von gemeinsamen Stammvater abstammenden Weiber und die durch Weiber mit ihm verwandten Männer. Agnaten sind die Männer, die in ununterbrochener Kette durch Männer mit dem gemeinsamen Stammvater verwandt sind.

Aber im übrigen gehen gemeines Privat- und gemeines Fürstenrecht auseinander. Ein anderes gilt für die Nachfolge in nichthochadelige Fideikommisse und Stammgüter, ein anderes für die Nachfolge in Fideikommisse und Stammgüter des hohen Adels.

Der Grund liegt darin, daß das hochadelige Geschlecht eine doppelte Rechtsnatur besitzt. Es bildet einmal wie jede Familie einen Kreis von Personen, der durch Abstammung und Heirat verbunden ist, einen Verwandtschaftskreis, eine Gemeinschaft von Blutsfreunden und Verheirateten, eine Familie im Sinne des bürgerlichen Rechts. Zum andern aber stellt das hochadelige Geschlecht auch eine Korporation, eine juristische Person mit eigenem Vermögen und sonstigen Rechten, eine fürstenrechtliche Familie dar. Die Zugehörigkeit zum hochadeligen „Hause", wie das hochadelige Geschlecht in diesem Sinne genannt wird, und die Zugehörigkeit zum hochadeligen Geschlechte als einer Familie im Sinne des bürgerlichen Rechts decken sich nicht. Erstere Zugehörigkeit zum hochadeligen Geschlechte ist durch weitere Voraussetzungen bedingt, als die Zugehörigkeit zum hochadeligen Geschlecht als bürgerlicher Familie. Mitglieder der hochadeligen Familie im Sinne des bürgerlichen Familienrechtes sind alle, die vom Stammvater des Hauses durch eheliche Geburt abstammen, und alle Frauen, die mit solchen Abkömmlingen in bürgerlich gültiger Ehe leben; alle ehelichen Söhne und Töchter und Enkel, alle Ehefrauen. Glieder der hochadeligen Familie im Sinne des Fürstenrechtes, also des besonderen Privatrechtes der hochadeligen Häuser, sind nur fürstliche Söhne, fürstliche Töchter, fürstliche Gattinnen, fürstliche Witwen. Voraussetzung der Zugehörigkeit zum hochadeligen Hause ist Besitz des Fürstenstandes im weiteren Sinne, Besitz des hohen Adels.

Daher kommt, daß beim hochadeligen Hause die Begriffe Kognaten und Agnaten sich verengern. Nach Fürstenrecht sind Kognaten nur fürstliche Töchter und Frauen und Witwen und nur die ehelichen Nachkommen fürstlicher Töchter. Und ebenso heißen nach Fürstenrecht Agnaten nur eheliche Söhne und weitere Abkömmlinge, die mit dem Stammvater des Hauses in ununterbrochener Reihe durch fürstliche Abkömmlinge männlichen Geschlechts, durch Männer des Fürstenstandes verbunden sind. Agnaten im Sinne des Fürstenrechtes sind Fürsten, die durch Fürsten vom Stammvater abstammen. Agnaten sind nur fürstliche Söhne fürstlicher Väter und Vorfahren. Agnaten im Sinne des Fürstenrechts sind lediglich fürstliche Agnaten im Sinne bes bürgerlichen Rechtes.

II. So das gemeine Fürstenrecht. Es fragt sich, ob auch nach nassauer Hausrecht Agnaten im Sinne des bürgerlichen Rechtes

als Agnaten im Sinne des Hausrechts lediglich gelten, wenn sie fürstlichen Standes sind.

Wir prüfen die Frage zunächst an den Bestimmungen des Erbvereins von 1783. Denn dieser war Gesetz des Gesamthauses Nassau, konnte also, so lange es ein solches gab — und es gab ein solches bis zum Ableben des letzten Agnaten der Linie Oranien d. h. bis zum Ableben des am 23. November 1890 verstorbenen Königs Wilhelms der Niederlande —, durch ein Spezialhaus nicht einseitig abgeändert werden und geht daher, wenn er seitdem keine Abänderung erfuhr, auch jetzt noch allem Spezialrechte der Linie Weilburg vor, obwohl diese seit 1890 die einzig noch vorhandene agnatische Linie des Hauses Nassau darstellt.

Wir verfolgen die Sukzessionsbestimmungen des Erbvereins von 1783 lediglich soweit, als sie für unseren Fall Bedeutung haben.

Daher ist zunächst bloß von den Bestimmungen zu reden, die der Erbverein über den Fall des Erlöschens des ganzen nassauischen Mannesstammes vorsieht. Sie finden sich in Art. 42. Dort ist vereinbart: „Da übrigens auch der Fall möglich ist, daß Unser ganzer nassauischer Mannesstamm erlöschen möchte, so ordnen und wollen wir, daß in solchem Falle eine Tochter, und zwar, wann deren mehrere vorhanden, die Erstgeborene oder in deren Mangel die nächste Erbin des letzten Mannesstammes, mit Ausschluß aller anderen entfernteren, zur Sukzession berufen seyn soll, es wäre denn, daß Wir oder Unsere Nachkommen auf solchen Fall anders übereingekommen wären, als welches zu tun Wir ihnen und Uns hiermit ausdrücklich vorbehalten, fort Unsere und Unserer Nachkommen respektive Töchter und Erben zur Festhaltung eines solch anderen Übereinkommens Kraft dieses verbunden haben wollen.“

Über eine andere Vorsehung haben sich die Nachkommen der Teilnehmer am Erbverein von 1783 nicht vereinbart. Art. 42 des Erbvereins von 1783 ist durch späteres Hausgesetz nicht abgeändert. Also gilt heute noch: stirbt der ganze nassauische Mannesstamm aus, so folgen im Besitze des nassauischen Hausfideikommisses die älteste Tochter des letzten Mitgliedes dieses Mannesstammes, das den Besitz gehabt hatte, und deren Erben; sind keine Töchter und Erben solcher vorhanden, so geht das Hausfideikommiß über an die sonstige nächste Erbin des letzten Nassauers nnd deren Erben.

Die Nachfolge ist also anders geordnet, als sie in der Verfassung des Herzogtums Nassau vom 28. Dezember 1849 (Verordnungsblatt 1849 S. 613 ff.) § 45 für die Thronfolge daselbst vorgesehen war. Das Recht der Thronfolge war nach ihr erblich nur im Mannesstamme des Nassauischen Hauses, eine subsidiäre Weiberthronfolge somit ausgeschlossen und insoferne vom Erbvereine des Jahres 1783 abgegangen, während die Verfassung Luxemburgs ganz, die der Niederlande in der Hauptsache dem Erbvereine folgen. Die Verfassung des Staates Luxemburg vom 17. Oktober 1868 Art. 3 schreibt für die Staatserbfolge daselbst vor: „Die Krone des Großherzogtums ist erblich in der Familie Nassau und zwar in Gemäßheit des Vertrages vom 30. Juni 1783.“ Und ähnlich bestimmt die niederländische Verfassung vom 30. November 1887: Thronfolgeberechtigt seien auch die kognatischen Abkömmlinge König Wilhelms I. (1772—1843). Lediglich von den Nachkommen der Tante dieses Fürsten, der Fürstin Karoline zu Weilburg, läßt letztere Verfassung nur die männliche Linie folgen.

Somit fragt sich: was bedeutet im Erbvereine Art. 42 „letzter Mannesstamm“ und „Tochter“?

Art. 47 des Erbvereins erklärt als Zweck der Einigung, daß alle zu dem „uralten Hause Nassau“ gehörigen Lande und Leute mit Meliorationen, Lehnschaften und allen Gerechtsamen, also alle Rechte des Hauses Nassau „bei dem männlichen Geschlechte beständig und, solange ein ehelich geborener oder von selbigem herstammender Agnat aus beiden Hauptstämmen am Leben ist, ruhiglich verbleiben“ möchten.

Wie Urkunden aus früheren Jahrhunderten gewöhnlich, ist auch die Erbeinigung von 1783 reich an Wiederholungen des nämlichen Rechtsgedankens. Der Besitz solle beständig beim männlichen Geschlechte und ruhiglich bei ihm solange bleiben, als ein ehelich geborener oder von selbigem herstammender Agnat aus beiden Hauptstämmen am Leben sei, bedeuten ein und dasselbe. Einmal ist gesagt: der Besitz soll beim männlichen Geschlechte ruhig bleiben, solange ein ehelich geborener oder von selbigem herstammender Agnat sich am Leben befinde. Dies will sagen: so lange vorhanden ist einer der jetzt schon lebenden ehelich geborenen Agnaten und vorhanden sein wird ein ehelich geborener Agnat, der von diesen jetzt, d. h. 1783 geborenen lebenden ehelich geborenen Agnaten herstammt. Selbstverständlich ist, daß, wenn von den dermalen lebenden Agnaten verlangt

wird, daß sie ehelich geboren seien, das Gleiche auch für die Agnaten gelten muß, die von ihnen herstammen. Der Besitz soll nach alledem beim männlichen Geschlechte bleiben, solange ehelich geborene Agnaten vorhanden sind. Hieraus folgt, daß männliches Geschlecht so viel wie Agnaten oder Mannesstamm bedeutet. Solange er ehelich geborene Agnaten aufweist, soll beim Mannesstamm der Besitz des Hauses Nassau bleiben.

III. Die Frage ist: was bedeutet Agnat und damit männliches Geschlecht in Art. 47? bedeutet es Agnat im Sinne des gemeinen Privat- oder bedeutet es Agnat im Sinne des gemeinen Fürstenrechtes? bedeutet es fürstlicher Agnat, Agnat, der Mitglied des Hauses, der juristischen Person Nassau ist? Für letzteres spricht die Vermutung.

Im Zweifel ist besonderes Hausrecht im Geiste des allgemeinen Hausrechtes, des gemeinen Fürstenrechtes gehalten. Und dann ist in Art. 47 von dem uralten „Hause“ Naussau die Rede. Das weist auf Nassau als Familienkorporation.

Der übrige Inhalt des Hausgesetzes von 1783 bestätigt es. In einer ganzen Reihe von Artikeln wird allerdings lediglich gesprochen von „Mannesstamm“ (24, 29, 30, 37, 1) schlechthin, ebenso von „männlichen Nachkommen“ oder „Erben“ schlechthin (29, 30 43) oder schlechthin von „Töchtern“ (14, 36) „Söhnen“, „Agnaten“, „Nachkommen“, „Brüdern“ (5, 9, 12, 13, 14, 15, 29, 31, 33, 34, 46, 42, 43). Aber ebenso begegnet „fürstliche Töchter“ (24, 39, 40, 5) „fürstliche Kinder“ (5), „fürstliche Nachkommen“ (8, 32, 43) „fürstliche Mutter“ (33), fürstliche Wittwen (14, 35), „fürstliche Agnaten“ (14, 17, 18, 22, 26). Und zwar stehen diese Ausdrücke „fürstliche Agnaten, Nachkommen, Töchter usw.“ im Erbvereine keineswegs im Gegensatze zu „Agnaten, Nachkommen, Töchter“ schlechthin, sondern als Wechselausdrücke hierfür, wie der Einzelzusammenhang, aber auch allgemeines ergibt.

Wir beschränken unseren Nachweis auf letzteres.

Wie ich in meinem 1905 erschienenen Werke „Prädikat- und Titelrecht der deutschen Standesherren“ S. 269ff. eingehend darlegte, bedeutet Fürst bis hinein in das 19. Jahrhundert nicht bloß den regierenden Fürsten, sondern jedes Mitglied eines Fürstenhauses, also auch die Nachgeborenen, die Prinzen in diesem Sinne.

Das geht nun auch deutlich aus der Erbeinigung von 1783 hervor.



So lesen wir in Art. 24, der angibt, welche Materien die Erbeinigung ordne, die Erbeinigung habe zum zweiten Gegenstande die Ordnung „der Vormundschaften für unmündige Landesfolger und andere fürstliche Kinder“ und in Art. 32 ist dann geregelt die Vormundschaft über „unmündige Söhne und Töchter“ von „Uns oder Unseren Fürstlichen Nachkommen.“ Also sind fürstliche Kinder im Sinne des Hausgesetzes auch Kinder anderer Hausmitglieder als gerade regierender Fürsten.

Als eine weitere Materie, die er ordnet, bezeichnet der Erbverein in Art. 24 „die einem jeden Fürsten Unseres Hauses (Art. 34) zustehende Befugnis, einen letzten Willen zu errichten.“ Wie wäre es möglich, daß damit nur regierende Herren gemeint seien! Art. 34, der das nähere ordnet, beweist das Gegenteil.

Noch klarer erhellt aus Art. 35, daß der Erbverein Fürst im Sinne von fürstlicher Person, Person des Fürstenstandes versteht. Art. 35 handelt von der Versorgung „fürstlicher Witwen“ und er versteht darunter Witwen aller Mitglieder, die den Fürstenstand besitzen, „ohne Unterschied, ob sie von einem regierenden Fürsten oder einem nachgeborenen Prinzen des fürstlichen Hauses hinterlassen“ sind. Auch die nachgeborenen Witwen sind also fürstliche Witwen.

Art. 35 zeigt uns aber gleich noch ein zweites. Er spricht von Prinzen. Derselbe Ausdruck begegnet in anderen Artikeln (7, 25, 27) ebenso wie Prinzessin, während in unmittelbar damit zusammenhängenden Artikeln von „Söhnen“ und „Töchtern“ die Rede ist. Das beweist, daß unter Sohn nur fürstlicher Sohn, unter Tochter nur fürstliche Tochter zu verstehen ist. Am schärfsten läßt dies ein Vergleich von Art. 36 und 37 erkennen. Beide Artikel ordnen, wie die Überschrift zu ihnen kundgibt, die Versorgung und Abfindung der „fürstlichen Töchter.“ In Art. 36 werden diese schlechthin „Töchter“, in Art. 37 „Prinzessinnen“ genannt.

All das Vorgetragene zusammen ergibt: Mannesstamm, männliche Erben, männliche eheliche Leibeserben (26), fürstliche Nachkommen, Agnaten und fürstliche Agnaten bedeuten immer eines und dasselbe: diejenigen Agnaten im Sinne des gemeinen Privatrechtes, die den Fürstenstand besitzen. Mannesstamm heißt *fürstliche Agnaten* und zwar setzt der Ausdruck *eheliche agnatische Abstammung* voraus.

Also besagt Art. 42 des Erbvereins: das *Hausfideikom-*

miß geht, wenn der letzte eheliche fürstliche Agnat des Hauses Nassau stirbt, auf diejenige Prinzessin des Hauses (und deren fürstliche Nachkommen) über, die diesem letzten Nassauer im Rechtssinne verwandtschaftlich am nächsten steht.

Der Erbverein bestimmt somit eine doppelte Voraussetzung der Nachfolgefähigkeit nach Fürstenrecht: eheliche Abstammung und Abstammung durch Fürsten d. h. Mitglieder des „Hauses" Nassau als einer hochadeligen Korporation.

Mehr bestimmt der Erbverein über die Nachfolgefähigkeit unmittelbar nicht.

Wohl aber bildet die „Sukzessionsordnung des Mannesstammes" die erste der fünf Materien, die die Erbeinigung gemäß Art. 24 ordnen will, und spricht der Erbverein auch davon, was zu geschehen habe und wer folgeberechtigt sei, wenn innerhalb einer Linie oder eines Hauptstammes keine „sukzessionsfähigen volljährigen Söhne" kein „sukzessionsfähiger Mannesstamm", keine „fürstlichen sukzessionsfähigen Agnaten" (Art. 24, 26) mehr vorhanden sind. Allein mit Sukzessionsfähigkeit will lediglich Regierungsfähigkeit bezeichnet sein. Agnaten, die aus anderen Gründen als wegen Minderjährigkeit regierungsunfähig waren, waren im 18. Jahrhundert noch von der Nachfolge ausgeschlossen.

Daß der Ausdruck Sukzessionsfähigkeit nichts anderes besagen will, erhellt aus Nachstehendem.

Der Erbverein ordnet, wie er selbst bemerkt (Art. 24), die Sukzession des Mannesstammes „in allen möglichen Fällen", d. h. er berücksichtigt folgende Eventualitäten, 1. den Fall des Erlöschens der Linien Usingen und Saarbrücken, 2. den Fall des Erlöschens der Linie Weilburg, 3. den Fall des Erlöschens des ganzen Walramer Stammes, 4. den Fall des Erlöschens des ganzen niederländischen Stammes (Art. 27—30). Das Prinzip, von dem der Erbverein dabei ausgeht, ist, daß die Frage, wer aus dem erwerbenden Mannesstamme der übrigen Linien erbfähig sei und in welcher Reihenfolge die Erbfähigen zum Zuge kämen, sich nach dem besonderen Hausrechte des erwerbenden Hauses bemesse. So ist in Art. 30 bestimmt, erlösche der Oranische Mannesstamm, so sukzedierten die Speziallinien des Nassau-Saarbrücker Hauptstammes nach der in ihm festgesetzten Sukzessionsordnung." Nur in einer Richtung greift der Erbverein generell ein. Er erhebt den Erstgeburtsgrundsatz in Art. 24 zu einem Rechtssatz des

2*

Gesamthauses. Im Übrigen aber überläßt er die Bestimmung der Voraussetzungen der Nachfolgefähigkeit, also die Bestimmung der Voraussetzungen für die Hausmitgliedschaft jeder Linie für ihren Bereich (Art. 25).

Hieraus folgt, innerhalb der Linie Weilburg bestimmen sich diese Voraussetzungen nach Weilburger Recht. Wir gehen zu dessen Betrachtung über.

§ 4. Die Sukzessionsfähigkeit nach der Primogeniturkonstitution von 1761.

Das Recht der Speziallinie Weilburg hat für die Zugehörigkeit zum Hause Nassau-Weilburg zwei Voraussetzungen aufgestellt, Ebenbürtigkeit und Ehekonsens des Familienhauptes. Die Ebenbürtigkeitsvoraussetzung ist geordnet in der Primogeniturkonstitution des Fürsten Karl zu Nassau-Weilburg vom 4. März 1761. Der familienhäuptliche Verehelichungskonsens ist zu einer generellen Mitgliedschaftsvoraussetzung erhoben durch das Hausgesetz des Herzogs Wilhelm vom 13. Dezember 1822.

Die Rechtsbeständigkeit beider Hausgesetze haben wir nachzuweisen. In diesem Paragraphen handeln wir von dem erstgenannten Hausgesetze.

Die Konstitution vom 4. März 1761 baut das im Zweige Nassau-Weilburg seit 1703 geltende Primogeniturprinzip näher aus. Sie regelt daher auch eingehend die Rechtsstellung der nachgeborenen Söhne, ihrer fürstlicheu Kinder und fürstlichen Witwen (§ 16, 19, 4, 24). Insbesondere ist hervorgehoben, daß die nunmehr ihres Sukzessionsrechtes beraubten nachgeborenen Prinzen oder, wie sie die Konstitution an dieser Stelle — § 14 — nennt, „die nachgeborenen fürstlichen Söhne“ in Folge der Aufnahme der Erstgeburtserbfolge „an ihrem Stand, Mitbelehnschaft, angeborener Reichsfürstenwürde und allen derselben anklebenden Vorzügen und Rechten“ nichts verlieren sollten.

Im übrigen setzt die Konstitution stillschweigend voraus, daß, wie in anderen Ländern, auch in dem Weilburger Stammlande die Einführung der Primogenitur die Folge gehabt habe, daß die nachgeborenen Prinzen aufhören, Ehen mit standesmäßigen Wirkungen zu schließen. Ihre Einschränkung auf eine Apanage an Stelle der Erträgnisse der Ausübung der Landeshoheit in einem Teile der Stammlande würde ihnen zumeist verboten haben, ihren

Gemahlinnen einen fürstenmäßigen Unterhalt und ihren Kindern eine fürstenmäßige Erziehung zu gewähren. Sie würden daher wohl von jeder Verehelichung abgesehen oder nur standesungleiche oder morganatische Ehen abgeschlossen haben. Und die Nachgeborenen würden sich so auch weiter verhalten haben.

Daß dies der der Konstitution zugrunde liegende Gedanke ist, zeigt zunächst § 19, indem er von dem Falle handelt, daß ein apanagierter Prinz auf Anraten des regierenden Herrn sich vermähle, um einem Erlöschen des Mannesstammes vorzubeugen. Ein solcher Prinz solle eine größere Apanage, eine freie standesgemäße Wohnuug im Lande nebst Zubehör, Freiholz und entsprechendem Anteil an Jagd und Fischerei erhalten.

Das Nämliche ergibt sich aber auch aus dem Paragraphen, der sich mit der Ebenbürtigkeitsvoraussetzung beschäftigt. Es ist § 15.

Ihn haben wir näher zu betrachten.

Er lautet: „Im Falle auch ein apanagierter Prinz mit Einverständnis des regierenden Herrn sich zu einer standesmäßigen Vermählung mit einer Prinzessin oder doch mit einer Gräfin von einem alten reichsgräflichen Hause entschließen sollte, so hat er zwar die Morgengabe, Wiederlage und das Wittum allerdings aus dem Seinigem zu bestreiten und seine Familie versorgen. Doch soll demselben nach Bewandtnis der Dotis und anderer Umstände gestattet werden, die Gemahlin bis auf die Halbscheid seiner Apanage; auch auf den Fall, daß er ohne eheliche Leibeserben vor der Gemahlin verstürbe, auf die ganze Apanage, jedoch nur allein alsdann zu verwittumen, wenn die dos wirklich eingebracht und Sicherheit geleistet wurde, daß sie dereinst beim Hause verbleibe."

Wir sehen: es ist davon ausgegangen, daß nur der voraussichtlich zur Regierung gelangende Prinz standesmäßig heirate. Die nachgeborenen Prinzen sollen, wenn überhaupt, nur unstandesmäßig heiraten. Dann hinterlassen sie keine fürstliche Witwe und keine fürstlichen Kinder und fällt daher, wie § 16 ausdrücklich betont, die Apanage des apanagierten, also nachgeborenen Prinzen mit dessen Ableben wieder an den regierenden Herrn zurück. Weil bei standesmäßiger Verheiratung von Nachgeborenen die Apanage erblich ist, also später an den regierenden Herrn zurückfällt, so soll kein Nachgeborener ohne Einwilligung des Fürsten eine standesmäßige Heirat eingehen dürfen.

Und nun heißt es: standesmäßige Vermählung mit einer Prinzessin oder doch mit einer Gräfin von einem alten reichsgräflichem Hause.

Dies läßt sich nicht dahin auslegen, als gebe die Konstitution frei, auch mit Damen niedrigeren Standes als dem angegebenen standesmäßige Ehen einzugehen. Der Paragraph will keineswegs sagen: standesmäßige Ehen können auch mit Damen eingegangen werden, die keinem reichsständischen Grafenhause entstammen, und zwar sogar ohne Genehmigung des Familienhauptes, aber die Witwe des sich standesmäßig verheiratenden Nachgeborenen erhält nur dann ein Erbrecht auf die Apanage ihres Mannes, wenn sie vor ihrer Verheiratung Prinzessin oder Gräfin eines alten reichsgräflichen Hauses war.

Die Worte „oder doch“ bezeugen, daß Abstammung aus einem alten reichsgräflichen Hause das Äußerste ist, was der Gemahlin eines nachgeborenen Prinzen Standesmäßigkeit verleihen kann. Und das Nämliche ergeben die §§ 16—18 der Konstitution. Sie behandeln die Frage der Vererbung der Apanage der nachgeborenen Prinzen, und ordnen die drei dabei gegebenen Möglichkeiten: 1. Daß der Apanagierte keine fürstliche Witwe hinterläßt, 2. daß er nur eine solche hinterläßt, 3. daß er neben ihr auch fürstliche Söhne und Töchter hinterläßt. Nirgends setzt die Konstitution hier bei: daß erbberechtigt lediglich sein sollen Witwen, die aus dem Reichsfürstenstande oder einem alten reichsgräflichen Hause abstammen, und Söhne, die aus Ehen mit Damen mindestens aus solchen Häusern entsprossen sind. Sondern die Konstitution geht davon aus, daß fürstliche Witwen und fürstliche Kinder nur auf der Grundlage von Ehen sich ergeben können, die mit Prinzessinnen oder Gräfinnen aus altem reichsgräflichem Hause eingegangen werden.

Das Resultat, zu dem wir gelangen, ist daher dieses:

Standesgemäße Ehen vermögen Prinzen des Hauses Nassau-Weilburg einzugehen nur mit Damen aus reichsständisch fürstlichen oder reichsständisch gräflichen Häusern, mit Damen aus letzteren Häusern aber lediglich, wenn diese Häuser die Reichsgrafenwürde vor dem Jahre 1600 erwarben.

Nicht ebenbürtig sind also Damen aus außerdeutschen Adelsfamilien, selbst wenn diese dem hohen, sehr vornehmen Adel ihres Landes zuzurechnen sind oder einen sehr alten Adel besitzen.

An diesem Rechtszustande ist seitdem nichts geändert. In dem gleich nachher zu besprechenden Hausgesetze des Herzogs Wilhelm zu Nassau vom 13. Dezember 1822 ist ausdrücklich in der Einleitung hervorgehoben, daß insbesondere durch die Primogeniturkonstitution vom 4. März 1761 bereits bestimmt und Vorsehung darüber getroffen sei, wie es mit den Erbrechten und der Versorgung nachgeborener Prinzen und Prinzessinnen gehalten werden solle. In dem nassauischen, unter Zustimmung aller Agnaten erlassenen Staatsgesetze über die Domänen vom 23. Januar 1861, das wir schon einmal erwähnten, ist in § 5 ausdrücklich auf das Familienstatnt vom 13. Dezember 1822 bezuggenommen. Das beweist, daß bis zur Verheiratung des Prinzen Nikolaus und auch seitdem jene Ebenbürtigkeitsgrundsätze von 1761 im Wege der Observanz keine Abschwächung erfuhren. Sie bilden noch geltendes nassauisches Hausrecht.

Wir besprechen nunmehr die zweite, im Eingange unseres Paragraphen bereits mitgeteilte Ehevoraussetzung, den familienhäuptlichen Vermählungskonsens.

§ 5. Die Sukzessionsfähigkeit nach dem Familienstatute vom 13. Dezember 1822.

Die Primogeniturkonstitution vom 4. März 1761 schreibt schon einen Vermählungskonsens vor, aber nur für nachgeborene Prinzen und lediglich für den Fall, daß sie sich standesgemäß verehelichen wollen.

Das Hausgesetz vom 13. Dezember 1822 dehnt ihn aus. § 8 desselben schreibt vor: „Keinem Prinzen oder Prinzessin unseres Hauses soll es gestattet sein, ohne Einwilligung und Genehmigung des Chefs des Hauses sich zu vermählen.“ Auch Prinzessinnen bedürfen somit dieses Konsenses. Und Prinzen bedürfen seiner — ebenso wie die Prinzessinnen — selbst dann, wenn sie keinen standesgemäßen Gatten oder zwar einen solchen, aber nur in Form der morganatischen Ehe heiraten wollen.

Das Familienstatut von 1822 kam rechtsgültig zustande. Es war damals nur ein volljähriger Agnat des Hauses Weilburg vorhanden, der Bruder des Herzogs, Prinz Friedrich. Er erteilte seine agnatische Zustimmung. Für die Söhne des Herzogs, die damals vorhanden waren, Adolf und Moritz, brauchte keine Zustimmung

abgegeben zu werden. Sie waren minderjährig und Sonderrechte derselben wurden durch das Statut nicht berührt.

Erwähnt wird § 8 des Familienstatuts von 1822 dann in dem Domänengesetz vom 23. Januar 1861. Dieses fand nicht nur die Zustimmung der Stände, sondern auch aller nassauischen Agnaten, darunter auch des Prinzen Nikolaus (unter dem 19. Januar 1861; abgedruckt im nassauischen Verordnungsblatt 1861 S. 17). Die Fortgeltung des Grundsatzes über das Jahr 1861 hinaus ist daher über allen Zweifel erhaben. Die Notwendigkeit des Vermählungskonsenses besteht heute noch im nassauer Hause zu Recht.

Zweiter Abschnitt.

Die Rechtstellung des Grafen Georg von Merenberg.

§ 6. Die Ehe des Prinzen Nikolaus zu Nassau vom Standpunkte der Ebenbürtigkeit und des Vermählungskonsenses aus.

Fürstliche Gemahlin, Prinzessin von Nassau, wird die Gattin eines nassauischen Prinzen nur, wenn 1. sie aus einem reichsfürstlichen oder alten reichsgräflichen Hause stammt, 2. die Ehe den vorgängigen Konsens des Chefs des Hauses Nassau-Weilburg erhielt.

Die Braut des Prinzen Nikolaus, Natalie von Puschkin, war einer Familie entsprossen, die zu dem ältesten und vornehmsten Adel des russischen Reiches gehörte. Aber es fehlte ihr deutscher und vor allem hoher deutscher Adel, reichsständischer Adel. Die Heirat mit ihr war somit rechtlich eine standesungleiche, eine unebenbürtige Heirat.

Was dann die Frage der Konsentierung der Ehe angeht, so legte Herzog Adolf gegen die Heirat schon am 13. Dezember 1867 Protest ein. Er verweigerte damit die Einwilligung. Diese Erklärung nahm er im Februar 1868 zurück. Hier erklärte er nur, er könne die Einwilligung nicht positiv erteilen, wolle sie aber auch nicht förmlich, also rechtlich verweigern, sondern „die Ehe ignorieren", d. h. für den Prinzen Nikolaus keine Rechtsnachteile daraus ableiten, wenn Prinz Nikolaus versprach, 1. dafür Sorge zu tragen, daß seine Gemahlin und eventuellen Kinder weder einen nassauischen Familiennamen, noch das Wappen, auch nicht das Allianzwappen führten, 2. anzuerkennen, daß Herzog Adolf

und sein Haus keinerlei Verpflichtung gegen seine Gemahlin und eventuelle Nachkommen übernehmen. Prinz Nikolaus hat diese Bedingungen am 16. Februar 1868 akzeptiert.

Aus dem Vorgetragenen folgt: Herzog Adolf hat, rechtlich betrachtet, den Konsens nicht verweigert. Aber hieraus folgt nicht, daß er ihn stillschweigend erteilte. Er hat die Erteilungsfrage nur in der Schwebe gelassen. Seine Erklärung lautet: er könne die hausgesetzlich erforderliche, schon durch Protest vom 13. Dezember 1867 versagte Einwilligung des Chefs des Hauses zu dieser Ehe auch jetzt (im Februar 1868) nicht geben, wolle sie aber unter der Bedingung, daß die Gemahlin und eventuelle Kinder weder nassauische Namen, noch das nassauische Wappen führten, und unter dem Vorbehalt ignorieren, für sich und sein Haus keinerlei Art von Verpflichtung gegen die Gemahlin und eventuellen Nachkommen des Prinzen zu übernehmen.

Somit war die Ehe des Prinzen Nikolaus aus doppeltem Grunde keine, die der Gemahlin und den Kindern Hausmitgliedschaft verlieh. Es mangelte ihr Ebenbürtigkeit und Konsens.

Alles dies folgte aus dem Hausgesetze vom 18. April 1868. Dieses kam rechtsgültig zustande.

Hausgesetze depossedierter Familien bedürfen nicht einmal zu ihrer Rechtswirksamkeit nach Außen landesherrlicher Bestätigung, wie dies bei Familienstatuten standesherrlicher Häuser der Fall ist. Aber selbst Satzungen mediatisierter, also standesherrlicher Geschlechter haben nach Innen, für das Verhältnis der Hausmitglieder unter einander, ohne landesherrliche Veröffentlichung Rechtsgültigkeit.

Das Hausgesetz von 1868 hat die älteren Hausgesetze, die unsere Frage berühren, alle in ihrem Bestande erhalten, das von 1822, wie die von 1783 und 1761. Zu der letzteren Rechtsgültigkeit war kaiserliche Konfirmation nicht erforderlich, weil sie lehensherrliche Rechte des Kaisers nicht berührten, aber beide erhielten die kaiserliche Bestätigung, sowohl das Gesetz von 1761, wie das von 1783. Die Rechtsgrundlagen, auf denen wir bauten, stehen somit sicher und fest.

Wie König Wilhelm von Preußen dem Herzog Adolf von Nassau am 12. Juni 1876 mitteilte, waren auch die preußischen Minister des Auswärtigen und der Justiz der Anschauung, daß das Hausgesetz von 1868 zu seiner Rechtswirksamkeit nach Außen keiner Publikation von Staatswegen bedürfe.

§ 7. Der morganatische Charakter der Ehe des Prinzen Nikolaus.

Soferne die Gemahlin des Prinzen Nikolaus Ebenbürtigkeit besessen und die Ehe des Prinzen den Konsens des Chefs des Hauses erhalten hätte, würde für die Gemahlin und die Kinder des Prinzen doch keine Zugehörigkeit zum Hause Nassau entstanden sein. Denn Prinz Nikolaus erklärte sich gegen gewisse Gegenleistungen vertragsmäßig damit einverstanden, daß seine Ehe vom herzoglichen Hause Nassau als eine solche behandelt werde, die der Gattin und den Kindern nicht die Rechte bringt, die sich an eine hausgesetzmäßige Ehe knüpfen.

Eine derartige Ehe ist aber im rechtlichen Sinne eine morganatische. Vergl. Rehm Modernes Fürstenrecht 1904 S. 173, 179, 219. Morganatisch heißt eine Ehe, hinsichtlich deren vertragsmäßig auf die besonderen Wirkungen verzichtet wird, die nach Fürstenrecht die Ehe mit dem Gliede eines hochadeligen Hauses zur Folge hat. Morganatische Ehen können von Mitgliedern fürstlicher Häuser auch dann abgeschlossen werden, wenn die Damen, mit denen sie eingegangen werden, Ebenbürtigkeit besitzen.

Die Wirkungen, die die Verheiratung mit einem Angehörigen eines Fürstenhauses nach Fürstenrecht mit sich bringt, sind: Die Gemahlin und ihre Kinder erwerben 1. den Namen, 2. den Titel und das Wappen des hochadeligen Hauses, 3. Rechte gegen es auf fürstenmäßigen Unterhalt.

In seiner Erklärung vom 16. Februar 1868 hat Prinz Nikolaus akzeptiert, erstens, daß seine Gemahlin und eventuellen Kinder „weder einen nassauischen Namen noch das Wappen führen“, d. h. er hat sich gegenüber seinem Bruder und damit gegenüber dem Hause Nassau vertragsmäßig verpflichtet, daß seine Familie nicht den Namen des herzoglichen Hauses in irgendwelcher Form, also nicht den Titel Prinzessin oder Prinz von Nassau und nicht das nassauische Wappen führe. Zweitens willigte er ein, daß „Herzog Adolf und sein Haus gegen seine Gemahlin und eventuellen Nachkommen keinerlei Art von Verpflichtung“, also auch keine Verpflichtung zur Gewährung von Apanage, Wittum usw. übernehmen.

Wohl ist dieser Vertrag vom 16. Februar 1868 nicht zwischen Prinz Nikolaus und seiner Gemahlin oder zwischen dieser und dem Hause Nassau abgeschlossen. Allein Rechte dieser — sie

war seit 1. Juli 1867 mit dem Prinzen vermählt — wurden durch die Vereinbarung vom 16. Februar 1868 nicht berührt. Denn weil die Ehe unebenbürtig und nicht konsentiert war, hatte die Gemahlin mit Eingehung keine Namens- und Standesrechte des Hauses erworben, nicht einmal den einfachen Familiennamen ihres Gemahls. Sie war keine „Frau von Nassau" geworden. Weil bei den hochadeligen Geschlechtern der Familienname nicht nur die Bezeichnung für die Familie im Sinne des bürgerlichen Rechtes, sondern zugleich und untrennbar damit verbunden die Bezeichnung für die Zugehörigkeit zum hochadeligen „Hause", also nicht bloß Familienname, sondern auch Korperationsname ist, gilt für Damen und eheliche Kinder von Mitgliedern hochadeliger Häuser, die von der Mitgliedschaft im hochadeligen Hause ausgeschlossen bleiben, der Satz des bürgerlichen Rechtes nicht, daß Ehefrauen und eheliche Kinder den Familiennamen des Ehemanns und Vaters erhalten.

Die Gegenleistung, zu der sich Herzog Adolf als Chef des Hauses verpflichtete, war, sich dafür zu interessieren, daß der Gemahlin und eventuellen Kindern des Prinzen ein Name und ein Wappen, d. h. ein besonderer Name mit Adelsstand, von einem süddeutschen Regenten beigelegt werde.

Am 29. Juli 1868 hat der Fürst von Waldeck die Gemahlin des Prinzen und deren Nachkommen in den Grafenstand erhoben und ihnen den Namen Merenberg und das Prädikat Hochgeboren verliehen. Das Diplom ist an die Gräfin selbst gerichtet. Sie ist darin als mit dem Prinzen in morganatischer Ehe vermählt bezeichnet. Einen Widerspruch hiergegen unterließ sie. Stillschweigend hat sie daher auch gegenüber dem Hause Nassau, dem dies Diplom doch bekannt wurde, anerkannt, daß ihr Rechte auf Mitgliedschaft im Hause Nassau fehlen. Rechte des Grafen von Merenberg kamen damals noch nicht in Betracht. Denn er wurde erst 1871 geboren. Übrigens hätten ihm auch solche gefehlt, selbst wenn er damals schon erzeugt gewesen wäre. Denn aus drei Gründen war die Ehe seines Vaters nicht in der Lage, ihm Rechte gegen das Haus Nassau zu verschaffen. Er entbehrt also aller Titel-, Namens- und Vermögensrechte gegen das „Haus" Nassau. Er besitzt keinen Anspruch auf Nachfolge in das Nassauische Familienfideikommiß.

Dritter Abschnitt.

Die Aufnahme des Grafen von Merenberg in das Haus Nassau.

§ 8. Die Möglichkeit der Aufnahme.

Unser bisheriges Resultat war: Graf von Merenberg ist nicht Mitglied des Hauses Nassau. Eine andere Frage wäre, ob es nicht der Billigkeit entspräche, daß er Mitglied des Hauses Nassau werde.

Der erste Punkt, der bei dieser Annahme zu erledigen wäre, betrifft die Frage der rechtlichen Möglichkeit eines solchen Schrittes.

Was stattfinden müßte, fällt unter die Rechtsfigur der Verleihung der Hausmitgliedschaft durch Austilgung und Heilung der Unebenbürtigkeit und der sonstigen Hindernisse, die bisher seiner Zugehörigkeit zum nassauischen Fürstenhause entgegenstanden. Ich nenne diesen Fall in meinem modernen Fürstenrecht S. 232f. Erwerb der Hausmitgliedschaft durch Verleihung.

Über die rechtliche Zulässigkeit solcher Verleihung kann kein Zweifel bestehen.

I. Was beschritten werden müßte, das wäre der Weg der Hausgesetzgebung. Denn es würde sich um Abänderung des Hausrechtes für einen einzelnen Fall handeln.

Derartige Aufnahmen begegnen unter zwei Voraussetzungen. Die aufzunehmenden sind ebenbürtig, Mitglieder eines hochadeligen Hauses, aber sie stammen nicht von dem Stifter des Hauses ab, in das sie aufgenommen werden sollen. Hier ist also im einzelnen Falle von dem Rechtssatze abzuweichen, daß Mitglieder des Hauses nur Personen sein können, die von dem Gründer des hochadeligen Hauses abstammen. Von diesem Satze muß im Einzelfalle dispensiert werden. Als Fälle, in denen dies in neuerer und sogar allerjüngster Zeit geschah, seien folgende angeführt. Stifter des rumänischen Königshauses ist der gegen-

wärtige König Karl. Er ist kinderlos. Durch Dekret vom 18. März 1899 verlieh er seinem Neffen Ferdinand, dem zweiten Sohne des Fürsten Leopold von Hohenzollern, den Titel eines Prinzen von Rumänien mit dem Prädikate Königliche Hoheit und nahm ihn hierdurch in das rumänische Königshaus auf. Durch Oldenburgisches Hausgesetz vom 19. Okt. 1904 wurde die Glücksburger Linie des Herzoglichen Hauses Schleswig-Holstein-Sonderburg dem Großherzoglich Oldenburgischen Hause „als eventuell zur Thronfolge berechtigte Nebenlinie angegliedert.“ Der Herzog von Glücksburg und seine ganze Familie trat unter die Hausgewalt des Großherzogs von Oldenburg. Die standesamtliche Trauung der Prinzessin Viktoria Adelheid von Schleswig-Holstein mit dem Herzog von Koburg-Gotha am 11. Oktober 1905 vollzog in Glücksburg der oldenburgische Hausminister. Und noch ein drittes Beispiel: Prinz Ferdinand Maria von Bayern wurde 1905 die Würde eines spanischen Infanten verliehen. Er wurde damals in das spanische Königshaus aufgenommen.

Nicht notwendig ist in allen solchen Fällen, daß man zugleich aus dem hochadeligen Hause, dem man bislang angehörte, ausscheidet. Man kann gleichzeitig Mitglied mehrerer hochadeliger Häuser sein. Prinz Otto von Bayern wurde 1836 König von Griechenland. Er stiftete damit eine neue hochadelige Familie. Aber er blieb zugleich Prinz von Bayern. Dasselbe ist auch bei dem genannten Prinzen Ferdinand Maria von Bayern der Fall. Er blieb zugleich Mitglied des bayerischen Königshauses. Sein Ehevertrag mit Infantin Teresa von Spanien, der Schwester des Königs, bedurfte daher auch noch der Genehmigung des Prinzregenten von Bayern. Sie wurde im Januar 1906 erholt.

Der zweite Fall der Aufnahme neuer Mitglieder in das hochadelige Haus ist nachstehender: Der Aufzunehmende ist ein Nachkomme des Stifters des Hauses, aber kein ebenbürtiger oder vielleicht ein ebenbürtiger — er stammt aus ebenbürtiger Ehe —, aber die Ehe, aus der er stammt, ist keine vom Hauschef konsentierte. Ich nenne diesen Fall, wie oben bemerkt, Verleihung der Mitgliedschaft.

Auch hierfür seien Beispiele nachgewiesen. Zunächst eines aus einer standesherrlichen Familie. Ich besprach es ausführlich in meinem Buche: „Prädikat und Titelrecht der deutschen Standesherren“ S. 317 ff. Graf Friedrich I Ludwig Christian von Altleiningen-Westerburg heiratete 1813 die Tochter eines Zimmermanns

und Taglöhners, Eleonora Breitwieser. Sie war Dienstmädchen im gräflichen Schlosse gewesen. Der Graf erreichte am 21. Oktober 1814 die Einwilligung der Agnaten seines Hauses dazu, daß zwar nicht Eleonore Breitwieser, aber die Kinder aus der Ehe mit ihr in das gräfliche Haus aufgenommen wurden. Eleonore Breitwieser erhielt nur den Namen „von Brettwitz."

Ein zweites Beispiel. Es sei aus einer depossedierten Familie entnommen.

Gräfin Marie Auguste von Schaumburg, Prinzessin zu Hanau, war die Tochter der morganatischen Gemahlin des Kurfürsten Friedrich Wilhelm I von Hessen, Gertrud, früher verehelichten Lehmann geborenen Falkenstein, die infolge kurhessischer Verleihung (1831) Gräfin von Schaumburg und später (1853) Fürstin von Hanau wurde.

Gräfin Marie Auguste verehelichte sich im Dezember 1857 mit dem Prinzen Wilhelm von Hessen-Philippstal-Barchfeld, also einem Mitgliede des jüngeren Astes des ehemals kurhessischen Fürstenhauses. Der Ehevertrag wurde, wie in dem Lippeschen Schiedsspruch vom 25. Oktober 1905 näher dargelegt, geschlossen im Einverständnis mit den Agnaten des landgräflichen Hauses. Durch Willensübereinstimmung aller Agnaten der Familie wurde Gräfin Marie Auguste Mitglied des „Hauses" Hessen-Philippstal. Sie erhielt den Titel „Prinzessin von Hessen-Philippstal" und ebenso die Kinder aus der Ehe.

Ein drittes Beispiel. Es sei aus dem Bereiche einer regierenden Familie gewählt. Fürst Friedrieh Günther zu Schwarzburg-Rudolstadt heiratete am 24. November 1855 die Gräfin Helene von Reina. Diese war die Tochter des Prinzen Georg von Anhalt-Dessau aus dessen morganatischer Ehe mit einem Fräulein von Erdmannsdorff, die zu einer Gräfin von Reina erhoben war. Ihre Tochter Helene wurde von dem Prinzen Wilhelm von Anhalt-Dessau adoptiert und erhielt darum sogar den Titel einer Prinzessin zu Anhalt vom Herzoge von Anhalt-Dessau verliehen. Aber sie wurde nicht in das herzogliche Haus Anhalt aufgenommen. Daher war ihre Ehe mit dem Fürsten von Schwarzburg keine standesgleiche. Die Kinder aus ihr erhielten deshalb auch bloß den Titel Prinz und Prinzessin von Leutenberg. Aber eines der Kinder, der Sohn, Prinz Sizzo wurde später — 21. April 1896 — von sämtlichen Agnaten des Gesamthauses Schwarzburg zum Agnaten dieses Herrscherhauses erhoben. Ich

habe den Fall eingehend im „modernen Fürstenrechte“ S. 19, 27, 110, 195, 203, 188, 389 besprochen.

II. Was in allen diesen Häusern möglich war, dem stehen auch im Hause Nassau rechtliche Hindernisse nicht entgegen. Zu schweigen davon, daß die Tochter Sophie Dorothea einer Eleonore d'Olbreuse nur im Wege solcher Anerkennung die Stammmutter des Braunschweig-Lüneburgischen Herrscherhauses, Anna Föse lediglich durch hausgesetzliche Erhebung zur Ebenbürtigkeit die Stammutter des jetzt noch blühenden anhaltinischen Fürstenhauses zu werden vermochte — Mein „Modernes Fürstenrecht“ S. 203 —, ja aus allen heute regierenden Herrscherfamilien Deutschlands sich solche Fälle nachweisen lassen. Man vergleiche mein Fürstenrecht S. 192 und die dort zitierten Stellen aus Löning, Über Heilung notorischer Mißheiraten 1899 S. 37—45, ferner Anschütz, Der Fall Friesenhausen 1905 S. 76 und 96.

Nur zwei Punkte bleiben.

Großherzog Wilhelm von Luxemburg ist dermalen der einzige Agnat des Hauses Nassau, der übrig blieb. Vermag er allein eine derartige Bestimmung, ein solches Hausgesetz zu schaffen?

Ein Zweifel kann darüber nicht bestehen.

Die Autonomie bildet ein Hausrecht und die Hausrechte werden im Zweifel von der Gesamtheit der Agnaten ausgeübt. Ist bloß noch ein Agnat vorhanden, so übt er sie eben allein aus. Im Hause Schwarzburg waren 1896 nurmehr 3 Agnaten vorhanden. Sie erhoben den Prinzen Sizzo von Leutenberg zum Agnaten. Hätten sie es nicht auch vermocht, wenn sie wie jetzt, wo der Bruder des Fürsten von Sondershausen gestorben ist, nur zu zweien gewesen wären? Warum sollte daher nicht auch der letzte Agnat hierzu für sich allein imstande sein? Dazu kommt, daß die Geschichte eine Reihe von Fällen aufweist, wo der letzte Agnat neue ebenbürtige Mitglieder des Hauses dadurch schuf, daß er seine eigene nicht standesgemäße Ehe für eine ebenbürtige erklärte. Die ganze Frage findet sich näher in meinem „Mordernen Fürstenrecht“ S. 193 und bei Löning a. a. O. S. 41 ff. und 71 besprochen.

Und dann ein zweites: Würde Graf von Merenberg zum Prinzen von Nassau erhoben, so erwürbe er auch Sukzessionsrechte für das Großherzogtum Luxemburg und in das Hausfideikommiß. Rechtliche Hindernisse bestünden nicht, sie ihm so zu verleihen, daß er unmittelbar nach dem Mannesstamme, der

gegenwärtig noch vorhanden ist oder entstehen wird, folgte. Rechte von Kognaten auf Nachfolge sind durch Hausgesetz ohne deren Zustimmung entziehbar. Vergl. mein Fürstenrecht, S. 208. Die Verfassung des Herzogtums Nassau vom 28. Dezember 1849 § 45 erklärte für thronfolgeberechtigt im Staate Nassau nur den Mannesstamm des Hauses Weilburg, hat insofern also den Art. 42 des Erbvereins von 1783 außer Kraft gesetzt. Den Kognaten wäre lediglich die Nachfolge in das Hausfideikommiß geblieben, dessen alte Eigentumsverhältnisse ja auch durch das Domänengesetz von 1861 unberührt blieben.

Es kommt hinzu, daß der Erbverein von 1783 in Art. 42 ausdrücklich bestimmt, daß den Kognaten durch Hausgesetzgebungsakt jederzeit ihre Sukzessionsrechte genommen werden könnten. Denn es heißt daselbst: Im Falle des Erlöschens des ganzen nassauischen Mannesstammes solle die nächste Erbin des letzten Agnaten lediglich folgen, wenn „Wir oder Unsere Nachkommen auf solchen Fall nicht anders übereingekommen wären oder sonstige Vorsehung getan hätten, was zu tun Wir Unseren Nachkommen und Unserer und Unserer Nachkommen Töchter und Erben zur Festhaltung einer solchen Vorsehung kraft dieses verbunden haben wollen."

In Wirklichkeit wäre natürlich nur zu erreichen, daß Großherzog Wilhelm dem Grafen von Merenberg Nachfolgerechte einräumte hinter seinen Kindern und deren Nachkommenschaft, hinter seiner Schwester Hilda, Erbgroßherzogin von Baden, hinter den Nachkommen der Großherzogin Therese von Oldenburg und den Nachkommen der Fürstin Marie von Wied und endlich hinter den Nachkommen der Fürstin Helene von Waldeck, denn alle diese Töchter des Hauses Nassau gingen dem Prinzen Nikolaus an Lebensalter vor.

§ 9. Billigkeitsgründe für die Aufnahme.

Die Verleihung der Ebenbürtigkeit an Graf von Merenberg, seine Gemahlin und seine Kinder, ihre Aufnahme in das Haus Nassau mit dem Titel Prinz und Prinzessin und dem Prädikate Durchlaucht ohne derzeitige vermögensrechtliche Ansprüche, aber mit einem Sukzessionsrechte in das Hausfideikommiß und die Thronfolge in Luxemburg hinter allen älteren kognatischen Linien wäre rechtlich möglich. Aber nicht bloß dies. Diese Aufnahme wäre auch billig.

I. Erstens kommt in Betracht: Graf Georg von Merenberg ist mit dem Hause Nassau bereits verwandt. Er gehört zur bürgerrechtlichen Familie Nassau. Seine Mutter und seine Schwestern, er, seine Gemahlin und seine Kinder bilden unebenbürtige Mitglieder dieser Familie. Er und seine Abkömmlinge stammen von einem Agnaten des „Hauses“ Nassau bereits ab. Er und sein Sohn ist im Sinne des gemeinen Rechtes Agnat des Hauses Nassau. Gemahlin und Nachkommen des Prinzen Nikolaus sind unebenbürtige Mitglieder der Dynastie Nassau, wie die Fürstin Hohenberg des österreichischen Kaiserhauses, die Glieder der Familie Battenberg des hessischen Fürstenhauses, die Familien Urach und Teck der württembergischen Königsfamilie. Vgl. dazu mein Prädikat- und Titelrecht S. 205 ff.

II. Zweitens ist in Betracht zu ziehen, daß in einer Reihe von hochadeligen Häusern es sogar vorgeschrieben ist, im Falle des Erlöschens des ebenbürtigen Mannesstammes seien die vorhandenen unebenbürtigen Agnaten zur Nachfolge berufen. Im Fuggerschen Gesamthause, im Hause Giech, im Hause der Grafen zu Pappenheim ist es durch neuere Hausgesetze von 1807, 1855, 1864 ausdrücklich verordnet. Vgl. Löning a. a. O. S. 44. In früheren Jahrhunderten war es allgemein üblich, daß derartige Hausgesetze ergingen. Johann Christoph Graf Waldenburg-Zeil-Zeil schrieb es z. B. in einer insoferne noch geltenden Primogenitur-Disposition aus dem Jahre 1686 vor. Ja es wurde im 17. und 18. Jahrhundert sogar die Meinung vertreten — s. darüber Löning S. 41 f. —, die aus unebenbürtiger Ehe stammenden Nachkommen besäßen ein solches eventuelles Sukzessionsrecht hinter den ebenbürtigen Abkömmlingen von selbst, nach gemeinem Privatfürstenrechte, also auch wenn das besondere Hausrecht der betreffenden Familie es nicht vorsähe, solange dieses nur nicht anders bestimme, z. B. nach Erlöschen des Mannesstammes die Kognaten berufe.

Für die Meinung, die auch noch im 19. Jahrhundert Vertretung fand, sprachen gewichtige Gründe. Unebenbürtige Ehen der Nachgeborenen wurden nicht sowohl als speziell minderwertig angesehen, sondern vielmehr als ein Opfer, das nachgeborene Prinzen im Interesse der wirtschaftlichen Erhaltung der Hausmacht, um derentwillen das Erstgeburtsprinzip eingeführt wurde, bringen mußten. Man konnte ihnen nur mehr Apanagen gewähren und diese reichten nicht aus, den Eheaufwand fürstenmäßig zu gestalten, die Gemahlin und die Kinder fürstenmäßig zu unterhalten.

Fielen die Agnaten weg, dann hatte auch jenes Opfer die Berechtigung verloren. Dann handelte es sich vielmehr gerade darum, den Besitz dem Mannesstamme zu erhalten. Deshalb erstand den unebenbürtigen Agnaten von dem Momente an ein Erbrecht. Denn der Ebenbürtigkeitsgrundsatz herrschte in erster Linie lediglich aus wirtschaftlichen Gründen.

Was nun speziell das nassauische Fürstenhaus angeht, so unterliegt keinem Zweifel, daß eine Einräumung eventueller Sukzessionsrechte an nicht ebenbürtige Agnaten dem Geiste seiner Hausgesetzgebung entspricht. Nicht von selbst stehen ihnen nach nassauischem Hausrechte Sukzessionsrechte zu. Das anzunehmen, verbietet der Umstand, daß der Erbverein im Falle des Aussterbens des Mannesstammes, womit — wie wir früher sahen — der ebenbürtige gemeint ist, die Kognaten beruft. Aber das nassauische Hausrecht faßt die Möglichkeit ins Auge, daß die Agnaten des Hauses hausgesetzlich bestimmen, den Kognaten sollten unebenbürtige Agnaten vorgehen.

Art. 42 des Erbvereins beruft die „nächste Erbin des letzten Mannesstammes zur Nachfolge", aber nur für den Fall, daß die Agnaten nicht sonstige Vorsehung treffen. Der Erbverein gestattet den Agnaten, also auch dem letzten Agnaten, den Kognaten andere vorzuziehen. Und wer liegt als solche andere Erben näher, als diejenigen, die mit dem Hause bereits agnatisch in bürgerlicher Linie verwandt sind? Kann der letzte Agnat nach dem Erbverein den Kognaten sogar ihr Erbrecht zu Gunsten unebenbürtiger Agnaten nehmen, so ist es um so mehr im Sinne der Erbeinigung gelegen, daß er vorhandenen unebenbürtigen Agnaten ein Erbrecht hinter den Kognaten einräume. Der Erbverein gibt den Agnaten des Hauses für den Fall, daß nur noch unebenbürtige Agnaten neben den Kognaten vorhanden sind, oder anders ausgedrückt: für den Fall, daß bei drohendem Erlöschen des ebenbürtigen Mannesstammes noch unebenbürtige Agnaten vorhanden wären, die Befugnis, sie den Kognaten vorzusetzen. In welch höherem Maße ist es dann in seinem Sinne billig, daß unebenbürtigen Agnaten wenigstens hinter älteren kognatischen Linien ein Sukzessionsrecht eingeräumt werde. Es läßt sich sogar sagen: der Erbverein betont so sehr, sein Zweck sei, den nassauischen Besitz dem Mannesstamme zu erhalten — man lese Art. 1, Art. 24, Art. 47 —, daß man annehmen darf: hätten die erbvereinten Fürsten bei Abschluß ihrer Einigung an den Fall ge-

dacht, daß bei Aussterben des fürstlichen Mannesstammes noch ein nichtfürstlicher nassauer Mannesstamm vorhanden sein kann, dann würden sie unmittelbar vereinbart haben, derselbe solle den Kognaten des Hauses vorgehen. Die erbvereinten Fürsten haben unterlassen, eine solche Bestimmung zu treffen. Die Agnaten von heute sind daher nicht verpflichtet, solche nichtfürstliche Agnaten zur Nachfolge zu berufen, auch nicht hinter den fürstlichen Kognaten. Aber billig ist es, im Geiste des Erbvereins liegt es, daß sie wenigstens letzteres tun. Die Meinung, daß, wenn beim Erlöschen des ebenbürtigen Mannesstammes nichtfürstliche Agnaten des Hauses vorhanden sind, diese ohne weiteres von Rechtswegen, den Kognaten im Erbrechte vorgehen, ist für die zweite Hälfte des 18. Jahrhunderts, also für die Zeit der Entstehung des Erbvereins juristisch gewiß nicht mehr haltbar. Zwar wurde erst 1790 in die kaiserliche Wahlkapitulation von den Kurfürsten als Wahlbedingung eingefügt, der Kaiser dürfe ohne besondere Einwilligung der wahren Erbfolger, Kindern eines Mitglieders des reichsständigen Adels aus einer morganatisch abgeschlossenen Heirat nicht Ebenbürtigkeit und Sukzessionsfähigkeit zubilligen. Allein dieser Rechtssatz hätte gegenüber dem Wahlkandidaten nicht durchgesetzt zu werden vermögen, wenn es wenige Jahre vorher noch gemeines Fürstenrecht gewesen wäre, daß im Falle des Erlöschens des fürstlichen Mannesstammes die Erbfolge von selbst und zwar auch, soferne Kognaten für erbfolgeberechtigt erklärt sind, auf den nichtebenbürtigen Mannesstamm des Hauses übergehe. Von einer Rechtspflicht der Agnaten, beim Aussterben des ebenbürtigen Mannesstammes vorhandenen nicht ebenbürtigen ehelichen Agnaten Erbrechte einzuräumen, kann daher keinesfalls gesprochen werden. Aber das läßt sich behaupten, daß eine solche Einräumung, wenn auch erst hinter älteren kognatischen Linien, dem Wunsche der zum Erbvereine von 1783 zusammentretenden Fürsten entsprechen würde, in ihren Gedankengängen sich bewegte, von ihnen für billig gehalten werden würde.

Indes nicht bloß dem Geiste des allgemeinen nassauischen Hausrechtes von 1783, sondern auch dem Sinne besonderen Weilburger Hausrechtes gemäß wäre es, wenn eine derartige Verleihung des Mitgliedschaftsrechtes im Hause an die nichtebenbürtigen Abkömmlinge des nassauischen Mannesstammes, die noch vorhanden sind, geschähe.

Wir führten oben im § 4 bereits an, daß die Primogeniturkonstitution für die Weilburger Speziallinie von 1761 in § 19 von dem Falle handelt, daß, um dem zu besorgenden Erlöschen des Mannesstammes der Linie zuvorzukommen, ein apanagierter Prinz „auf Anraten des regierenden Herrn sich zu vermählen entschließen müsse.“ Hieraus spricht der Wunsch der Agnaten des Hauses Weilburg, es solle alles getan werden, um zu vermeiden, daß der ebenbürtige Mannesstamm der Linie aussterbe. Während die Konstitution von 1761 als die Regel ansieht, daß die apanagierten, also nachgeborenen Prinzen keine rechtlich standesmäßige Ehe eingehen — siehe den im § 4 besprochenen § 15 der Konstitution ein —, wird es den Nachgeborenen, wenn ein Aussterben der fürstlichen Agnaten zu besorgen ist, zur moralischen Pflicht gemacht, eine standesmäßige Ehe einzugehen, und ihnen zum Dank hierfür größere Apanage und „alle“ sonstige „Konvenienz“ seitens des regierenden Herrn, also alles Entgegenkommen in Aussicht gestellt. Um wie viel mehr muß es im Sinne dieser Konstitution dann als eine Billigkeitspflicht des letzten Agnaten erscheinen, den vorhandenen unebenbürtigen Abkömmlingen eines Agnaten, die den Stamm noch zu erhalten vermögen, alle Konvenienz zu erweisen und sie zu ebenbürtigen Agnaten des Hauses zu erklären! Er allein kann es noch. Nach seinen Ableben ist es nicht mehr möglich. Er allein ist im Stande, den Wunsch der Vorfahren im Nassauischen Hause zu erfüllen, daß der Allerhöchste gnädig abwenden wolle, daß Unser ganzer Nassauischer Mannesstamm erlösche. Diesen Wunsch sprechen die sich zum Erbvereine von 1783 zusammenfindenden nassauischen Fürsten in Art. 42 ihrer Einigung und damit in der Bestimmung aus, die von dem Übergange des nassauischen Besitzes auf die Haustöchter und ihre Erben handelt und eine solche Töchtererbfolge nur unter dem Vorbehalt einführt, daß die Nachfahren diese Erbfolge auch jederzeit wieder aufzuheben, eine „andere Vorsehung“ zu treffen berechtigt sein sollen.

Daß die Verleihung eines eventuellen Sukzessionsrechtes an den Grafen von Merenberg vom Großherzog von Luxemburg im Wege des Hausgesetzes den Grafen von Merenberg auch zur Nachfolge auf den Luxemburgischen Thron berechtige, ohne daß es der Zustimmung der Stände des Landes bedürfte, bedarf keiner längeren Ausführung. Die luxemburgische Verfassung von 1868

beruft zur Krone die Familie Nassau „gemäß dem Erbvereine von 1783." Gemäß dem Erbvereine von 1783 Art. 42 darf der letzte Agnate, wie vorher die Agnatengesamtheit, einen zur Ebenbürtigkeit erhobenen Abkömmling des Nassauer Geschlechts allen fürstlichen Kognaten, auch seiner nächsten Erbin, vorstellen. Um wieviel mehr kann er dann auch das Mindere, ihn und seine agnatischen Nachkommen einem Teile jener Kognaten vorgehen oder nachgehen zu lassen!

III. Wir gelangen zu einem dritten Billigkeitsgrunde. In § 6 legten wir dar, wie Herzog Adolf von Nassau zu der Ehe seines Bruders zuerst den Konsens positiv verweigert hatte. Dann aber unter einer ganzen Reihe von Bedingungen — wir führten sie nicht alle an — sich bereit erklärte, die Ehe zu ignorieren, also als nicht vorhanden zu betrachten. Das heißt für die Konsensfrage: sie unentschieden, sie offen, sie in Schwebe zu lassen; sie zu übersehen, sie überhaupt nicht zu berühren.

Dadurch war die Möglichkeit erhalten geblieben, sie, ohne sich korrigieren und eine früher abgegebene Erklärung zurücknehmen zu müssen, nachträglich noch hausgesetzlich anzuerkennen. Es entspricht der Billigkeit, von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen, wenn eine Reihe von Gründen die Erhebung der Ehe zu einer ebenbürtigen als dem Geiste der bestehenden Hausgesetzgebung angemessen erscheinen läßt.

IV. Wir fügen noch eine vierte Billigkeitsursache an. Eine ganze Reihe deutscher hochadeliger Familien gibt es, die entweder ohne weiteres oder bei Zustimmung aller Agnaten die Tochter aus einem alten vornehm außerdeutschen Hause für ebenbürtig erklären. So das fürstliche Haus Stolberg-Wernigerode in seinem Familienstatute vom 11. Nov. 1876 (abgedruckt im großh. hess. Regierungsblatt 1879 S. 35ff.) und das Haus Stolberg-Roßla in seiner Hausverfassung vom 27. Dezember 1899 (hess. Reg. Blatt 1901 S. 235). Andere hochadelige Familien erklären alle Ehen für ebenbürtig, die der Chef des Hauses als standesgemäß ansieht. So das fürstliche Haus Leiningen in seinem Hausgesetze vom 23. Oktober 1897 (bayer. Gesetz- und Verordn. Bl. 1898 S. 39) oder das fürstliche Haus Castell in seinem Familienstatute vom 14. Juni 1861 (bayer. Bl. 1864) oder das gräfliche Haus Solms-Laubach, in seiner Hausverfassung vom 2. Januar 1894 (hess. Reg. Bl. 1894). Außerdeutsche Herrscherhäuser, die von Großbritanien, Spanien, Belgien, Schweden, Norwegen, Dänemark,

Italien, Griechenland, Rumänien usw., kennen dann das Ebenbürtigkeitsprinzip als Voraussetzung des Erwerbs der Zugehörigkeit zum hochadeligen Hause überhaupt nicht.

Hier steht nun ein nach nassauischem Hausrechte rechtlich unebenbürtiger Agnat in Frage, aber einer, dessen Mutter einem alten vornehmen Adelsgeschlechte des russischen Reiches entstammt. Und das Nämliche gilt von seiner Gemalin. Prinzessin Jurjewskaja ist die Tochter der morganatischen Gemahlin Kaiser Alexanders II von Rußland, einer geborenen Prinzessin Dolgorukow. Eine dem deutschen hohen Adel sozial entsprechende Abstammung des Grafen Merenberg und seiner Kinder dürfte also gegeben sein.

V. Endlich ein fünfter Billigkeitsgrund. Der Vater des Grafen von Merenberg befand sich nach Depossedierung seines Bruders ein Jahr lang in dessen Auftrag in Berlin, um bei der Regelung der Vermögensverhältnisse des nasssauischen Herzogshauses durch Preußen seines Bruders Interessen zu vertreten. Hier gelang ihm nach langen Mühen, die viel Takt und Umsicht forderten, bei den maßgebenden und allerhöchsten Persönlichkeiten durchzusetzen, daß dem Herzog Adolf für den Entzug des nassauischen Domanialvermögens eine Abfindungssumme gewährt wurde, deren Erträgnisse um ein ganz Bedeutendes höher waren, als die Revenuen, die der Herzog bis dahin bezogen hatte. Obendrein befreite er das nassauische Haus von der ferneren Entrichtung einer Apanage an Prinz Nikolaus. Diese übernahm der preußische Staat (18 000 Fl. jährlich).

Wohl entschädigte Herzog Adolf den Prinzen durch ein Geldkapital für seine Bemühungen. Es betrug 50 000 Gulden. Allein wäre es nicht billig, daß auch der Sohn des Herzogs die Verdienste des Prinzen Nikolaus um die herzogliche Hauptlinie noch ehrte? Auch er verdankt seiner aufopfernden Hingabe den Bezug großer Revenuen. Die Verleihung der Ebenbürtigkeit an des Prinzen Sohn und dessen Familie wäre der schönste Dank! Welch' schwere Arbeit Prinz Nikolaus auch für ihn getan hat, möge er daraus entnehmen, daß Prinz Nikolaus die Zeit jenes Berliner Aufenthaltes als eine Folterbank bezeichnete, auf der er ein Jahr lang gemartert worden sei. Keiner der Getreuen des Herzogs war im August 1866 bereit, nach Berlin zu gehen, weil sie wußten, sie würden nur an verschlossene Pforten klopfen. Der Bruder tat es. Durch zähe Ausdauer während eines ganzen peinlichen

Jahres errang er für des gegenwärtigen Großherzogs Vater ein völlig schulden- und lastenfreies Vermögen von 15 Millionen Gulden in sicheren Werten — $4^1/_2$% preußischen Staatspapieren —. Das bedeutet eine Jahresrente von 675000 Fl., während man preußischerseits zuerst nur eine solche von 230000 Fl. gewähren wollte.

Von diesem Gesichtspunkte aus und unter Berücksichtigung des Umstandes, daß Prinz Nikolaus als Agnat eben doch seinen älteren Schwestern und ihrer Deszendenz vorging, erschiene es sogar als billig, wenn dem Grafen von Merenberg und seiner Familie sofort nach dem gegenwärtigen Großherzoge Erb- und Sukzessionsrecht in das Hausfideikommiß und in die luxemburgische Krone und demgemäß auch das Prädikat Großherzogliche Hoheit eingeräumt würde, zumal davon ausgegangen werden darf, daß, wenn die zum Erbvereine von 1783 zusammentretenden Fürsten an die Möglichkeit gedacht hätten, daß bei drohendem Ausgange des ebenbürtigen Mannesstamme noch ein nichtebenbürtiger vorhanden sei, sie nicht würden unterlassen haben zu bestimmen, es sei in diesem Falle, soweit nur immer tunlich, diesen nichtfürstlichen Nachkommen Ebenbürtigkeit und Sukzessionsfähigkeit zu verleihen, um ein Forterhalten des fürstlichen Hauses Nassau zu sichern.

Vierter Abschnitt.

Ergebnis und praktische Vorschläge.

§ 10. Gesamtergebnis.

Unsere Darlegungen lassen sich kurz so zusammenfassen:

I. Georg Graf von Merenberg besitzt aus drei Gründen kein Recht auf Nachfolge in das herzoglich Nassauische Hausfideikommiß und die Regierung von Luxemburg. Die Ehe seines Vaters Prinz Nikolaus war:
   1. keine rechtliche ebenbürtige,
   2. keine vom Haupt des Hauses konsentierte,
   3. eine morganatische.

II. Aber erhebliche Billigkeitsgründe sprechen dafür, daß es gerecht und dem Geiste des nassauischen Hausrechtes entsprechend wäre, wenn vom Großherzoge von Luxemburg dem Grafen zu Merenberg für seine Person und Familie Ebenbürtigkeit und Sukzessionsfähigkeit hinter den älteren kognatischen Linien des Hauses Nassau unter Aufnahme in dieses als Prinz bezw. Prinzessin und Prinzen und Prinzessinnen mit entsprechenden Prädikate verliehen würde.

§ 11. Praktische Vorschläge.

I. Mehr zu fordern, als der Wahrscheinlichkeit nach sich erreichen läßt, ist keinesfalls zu empfehlen. Unerreichbar ist ein Sukzessionsrecht unmittelbar hinter dem Großherzoge. Unerreichbar auch ein solches vor den Linien der älteren Schwestern. Undenkbar insbesondere wäre es, ein solches vor dem fürstlichen Hause Waldeck zu fordern, dem die Familie des Prinzen Nikolaus ihre Standeserhebung verdankt.

II. Im übrigen wäre die Frage: soll um Aufnahme in das Haus ohne alles Sukzessionsrecht oder mit solchem hinter den älteren

kognatischen Linien gebeten werden? Letzteres dürfte zu versuchen sein. Der Großherzog-Herzog wird, obwohl er rechtlich nicht hierzu verpflichtet ist, eine Aufnahme in das Haus kaum bewilligen, ohne sich der Zustimmung des Großherzogs von Oldenburg, des Fürsten zu Wied, des Fürsten zu Waldeck zu versichern. Wenn diesen ihr eventuelles Erbrecht ungeschmälert erhalten bleibt, werden sie wohl zu bewegen sein, auch einer Einräumung von Erbrechten zuzustimmen.

III. Zu begründen wäre das Aufnahmegesuch im wesentlichen mit den in Abschnitt III erörterten Billigkeitserwägungen.

IV. Endlich ist zu betonen: Nur Agnaten können in das Haus aufnehmen. Soll also der wirkliche Mannesstamm des Hauses Nassau in einer Nebenlinie erhalten werden, so vermag es lediglich noch Großherzog Wilhelm zu tun.

Die unwiderrufliche Vollmacht

von

A. v. Tuhr.

Übersicht.

I. Zulässigkeit der unwiderruflichen Vollmacht.

Die unwiderrufliche Vollmacht gehört zu den Problemen, welche das BGB. nicht geschaffen und noch weniger gelöst, wohl aber zur Diskussion gestellt hat, ohne daß es bisher zu einer erschöpfenden oder auch nur eingehenden Behandlung dieser theoretisch und praktisch gleich wichtigen Frage gekommen wäre.

Jede Vollmacht bringt das Vermögen des Vollmachtgebers A in Abhängigkeit vom Willen des Bevollmächtigten B, der seine Vertretungsmacht gut oder schlecht gebrauchen kann; diese mit den Vorteilen der Stellvertretung notwendig verbundene Gefahr wird gemildert durch das Korrektiv des Widerrufs. Unter welchen Umständen ist ein Verzicht auf den Widerruf möglich? und wie gestaltet sich infolgedessen das Rechtsverhältnis unter den beteiligten Personen?

Unentziehbare oder richtiger nicht ohne weiteres entziehbare Vertretungsmacht ist eine in unserem Recht nicht seltene Erscheinung. Den gesetzlichen Vertretern (Eltern, Vormund, Pfleger jeglicher Art) kann die Vertretungsmacht nur bei Vorliegen besonderer Umstände genommen werden;[1] gegen Mißbrauch schützt die Aufsicht der Behörden und das Erfordernis amtlicher Genehmigung zu den wichtigeren Rechtsgeschäften. Die Vertretung juristischer Personen ist bisweilen (Aktienges.[2]) und eingetr. Genossensch.[3])) frei widerruflich; in anderen Fällen (Gesellschaften mit beschränkter Haftung[4]) und rechtsfähige Vereine[5])) kann der Widerruf statutenmäßig auf den Fall beschränkt werden, daß ein wichtiger Grund vorliegt. Ebenso nur aus wichtigem Grund entzieh-

1) § 1670. 1886 (gilt auch für die Pflegschaften einschl. Nachlaßpflegschaft und Nachlaßverwaltung); Testamentsvollstrecker, § 2227; KO § 84.

2) HGB § 231.

3) Ges. § 34.

4) Ges. § 38.

5) BGB § 27.

bar ist die Vertretungsmacht des Gesellschafters sowohl bei der Ges. des bürg. Rechts als bei der offenen Handelsgesellschaft.[1])

Von diesen Fällen, in denen die Vertretungsmacht auf Gesetz oder auf Vertrag unter den Subjekten eines gemeinsamen Vermögens beruht[2]), wollen wir hier absehen, weil die Unwiderruflichkeit hier weder theoretische Bedenken hervorgerufen hat, noch zu praktischen Schwierigkeiten führt.[3]) Um so mehr ist beides der Fall bei der unentziehbaren Vertretungsmacht, die durch Vollmacht d. h. durch einseitiges Rechtsgeschäft des Vermögenssubjekts verliehen wird.

Im gemeinen Recht war es bis auf die letzte Zeit unbestrittener Lehrsatz, daß der Auftrag wesentlich widerruflich sei;[4]) ebenso die Vollmacht, welche sich erst allmählich vom Auftrag losgelöst und zu einem selbständigen Begriff entwickelt hat. Auftrag und Vollmacht sind normalerweise dazu bestimmt, die Interessen des Vermögenssubjekts zu fördern; aber im Auftrag und noch in höherem Maß in der Vollmacht liegt die Gefahr des

1) BGB § 712. 716; HGB § 112.

2) Eine nicht durch einseitiges Rechtsgeschäft verliehene Vertretungsmacht kommt auch bei der Gemeinschaft einschl. der Erbengemeinschaft vor (vgl. z. B. Oertmann, Kommentar zu § 744 Bem. 2), wenn durch Mehrheitsbeschluß oder gerichtliche Anordnung eine Verwaltungsmaßregel festgesetzt wird, welche nicht ohne Rechtsgeschäft namens aller Genossen durchgeführt werden kann, z. B. wenn das gemeinsame Haus vermietet werden soll und der Mieter sich vorsichtigerweise nur auf einen Vertrag mit allen Miteigentümern einlassen will; durch den Mehrheitsbeschluß oder das Gericht kann einem der Genossen die Befugnis verliehen werden, den Vertrag namens aller zu schließen. Eine andere Ansicht (Planck Bem. 2 zu § 744) will keine Vertretung zulassen; aber dann wäre die beschlossene Maßregel undurchführbar und der Widerstrebende nur zu Schadensersatz verpflichtet, was mir nicht im Sinne des Gesetzes zu liegen scheint. So lange der Mehrheitsbeschluß oder die Anordnung des Gerichts zu Recht besteht, muß die Vertretungsmacht meines Erachtens unentziehbar sein, außer wenn ein wichtiger Grund eintritt, arg. § 712. 715.

3) Die Vertretungsmacht der gesetzlichen Vertreter ist (außer bei der Pflegschaft der §§ 1909. 1911. 1913) exklusiv, d. h. der Vertretene selbst ist zu den Handlungen, die innerhalb der Vertretungsmacht liegen, nicht befähigt. Ebenso ist im Gesellschafts- und Gemeinschaftsverhältnis (vgl. Note 2) außer dem Vertretungsberechtigten niemand in der Lage, dieselben Rechtshandlungen vorzunehmen. Deswegen fehlen hier die unten zu besprechenden Schwierigkeiten, welche sich daraus ergeben, daß mit einer, wenn auch unwiderruflichen, Vollmacht stets die eigene Geschäftsfähigkeit des Vollmachtgebers konkurriert.

4) Vgl. Mitteis, Stellvertretung (1885) S. 203, und von den neueren Gesetzgebungen Schweiz. Obl.-Recht Art. 40.

Mißbrauchs.[1]) Aus beiden Gründen ergibt sich prima facie das Postulat der freien Widerruflichkeit. In diesem Sinne hat der I Entwurf (§ 597, 119) für Auftrag und Vollmacht freie Widerruflichkeit statuiert. In der Kritik des Entwurfes wurde von mehreren Seiten darauf hingewiesen, daß es Fälle gäbe, in welchen dem Interesse des Geschäftsherrn A ein gleichwertiges Interesse des Beauftragten resp. Bevollmächtigten B oder eines Dritten gegenübersteht, welches durch willkürlichen Widerruf in unbilliger Weise geschädigt wird[2]). Trotzdem ist im BGB der Auftrag jederzeit widerruflich geblieben;[3]) dagegen hat die Kritik in bezug auf die Vollmacht Erfolg gehabt: im II. Entwurf § 138 und im BGB § 168 wurde bestimmt, daß die Vollmacht unwiderruflich sein könne, wenn sich die Unwiderruflichkeit aus dem der Vollmacht zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis ergibt[4]). Ist das der Fall, so soll nach § 176 III die Kraftloserklärung der Vollmachtsurkunde unwirksam sein. Ebenso ist nach § 183 die Einwilligung des A zu einem Rechtsgeschäft des B unwiderruflich, wenn sich dieses aus dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis ergibt. Von den zahlreichen und sehr verschieden gearteten Fällen der Einwilligung kommt hier nur einer in Betracht: Einwilligung zu Rechtsgeschäften, durch welche B in eigenem Namen über Rechte des A verfügt[5]). Eine

1) Denn durch die Vollmacht tritt der Geschäftsherr in Beziehung zu Dritten, denen gegenüber er sich nicht wie gegenüber dem Beauftragten, der übermäßige Auslagen liquidiert, auf das pflichtwidrige Benehmen des Beauftragten berufen kann.

2) Zitelmann, Rechtsgeschäfte im Entwurf II 88; Bähr, Krit. V. JSchr. 11, 347; Hölder, ACivPr. 73, 117; Strohal, Iherings J. 30, 183; Regelsberger, Pand. § 147 N. 6, § 163 N. 3; Tuhr, A. de in r. verso S. 100.

3) § 671: Damit ist natürlich das im Mitinteresse des Mandatars erteilte und daher unwiderrufliche Mandat (mea et tua gratia) nicht aus der Welt geschafft, sondern wird nur aus dem Begriff des Auftrags ausgeschieden und als auftragsähnliches Geschäft bezeichnet, vgl. z. B. Planck und Oertmann zu § 671. Ein solches Mandat kommt insbesondere vor bei der fiduciarischen Cession zum Sicherungs- oder Zahlungszweck als inneres Verhältnis zwischen Cedent und Cessionar, vgl. RG 59, 190. Ein unwiderruflicher Auftrag scheint mir auch dem Sammelgeschäft, § 1914, zu Grunde zu liegen.

4) Als Beispiele unwiderruflicher Vollmacht erwähnen die Prot. Bd. I S. 144: 1. eine dem Hypothekengläubiger erteilte Vollmacht, die Mietzinsen einzuziehen und auf den Hypothekenzins anzurechnen, vgl. unt.; 2. Einziehung einer fremden Forderung, wobei der Bevollmächtigte einen Teil des Erlöses als Prämie behalten soll, vgl. unt.; 3. Vollmacht des Pfandhalters, BGB § 1189, vgl. unt.

5) § 185: Das Blankoakzept, welches die Prot. a. a. O. als Beispiel unwiderruflicher Einwilligung anführen, gehört meines Erachtens nicht hierher; vgl. unt. IV, 5.

solche Einwilligung verleiht, wie die Vollmacht, dem B die Ermächtigung, Rechtswirkungen im Vermögen des A hervorzurufen durch Rechtsgeschäfte, die er auf Grund der Vollmacht im Namen des A, auf Grund der Einwilligung im eigenen Namen abschließt.[1]) Dieser Fall der Einwilligung soll daher im folgenden mitgemeint sein, wenn von unwiderruflicher Vollmacht die Rede ist.

Unwiderruflichkeit einer Vollmacht bedeutet nicht Unzulässigkeit sondern Wirkungslosigkeit des Widerrufs; B braucht den Widerruf nicht zu beachten; seine Rechtsgeschäfte im Namen des A, seine Verfügungen über Rechte des A sind ebenso wirksam, wie wenn der Widerruf nicht erfolgt wäre[2]). Daß das Gesetz in § 168, 183 die Möglichkeit eröffnet, sich bei Vorliegen gewisser Umstände in eine solche Abhängigkeit vom Willen des B zu begeben, wird von den Auslegern des BGB fast ausnahmslos anerkannt[3]). Widerspruch findet sich nur bei Hellwig[4]) im Anschluß an Lenel[5]) und bei Schloßmann. Hellwig will aus dem

1) Die sonstigen Fälle der Einwilligung haben mit der Vollmacht und der Einwilligung des § 185 keine Ahnlichkeit; es handelt sich bei ihnen nicht, wie bei der Vollmacht, um die Befugnis des B, Rechtswirkungen in einem fremden Vermögen herbeizuführen, sondern um Rechtsgeschäfte, welche B in eigenen Angelegenheiten vornimmt, zu denen er aber aus besonderen Gründen der Einwilligung eines Dritten bedarf. Diese Einwilligung ist oft unwiderruflich, vgl. die bei Planck § 183 Bem. 1 aufgezählten Beispiele Die spezifische Gefahr der unwiderruflichen Vollmacht (daß A das Schicksal seines Vermögens in die Hände des B legt) besteht hier nicht.

2) Ein obligatorisches Versprechen, die Vollmacht nicht widerrufen zu wollen, würde dem Vollmachtgeber die Möglichkeit des Widerrufs nicht nehmen, sondern ihn zu Schadensersatz verpflichten; aus einem solchen Versprechen könnte man auch die Verpflichtung ableiten, die vertragswidrig entzogene Vollmacht von Neuem zu erteilen; diese Verpflichtung wäre nach CPO § 894 vollstreckbar, selbst wenn man der Ansicht ist (Kipp), daß es sich in § 894 nur um Erklärungen an den Kläger handelt: denn die Vollmacht kann nach BGB § 167 gegenüber dem zu Bevollmächtigenden erklärt werden. Übrigens würden einem obligatorischen Verzicht auf Widerruf dieselben legislatorischen Bedenken entgegenstehen wie der Vollmacht, die der Vollmachtgeber nicht widerrufen kann.

3) Planck § 168 Bem. 2; Staudinger § 168 Bem. 5; Rehbein I S. 274; Hölder zu § 168; Endemann I § 81 N. 36; Dernburg I § 165 IV; Kipp zu Windscheid § 74; Enneccerus I § 173; Kohler, Lehrb. I § 195; Biermann, Bürg. Recht I § 72 N. 26; Leonhard, Allg. Teil § 78 VI; Staub, Exc. zu HGB § 58 N. 70; Düringer, HGB I S. 168; Hupka, Vollmacht 392 f.; Isay, Geschäftsführung 219; Wieland, ArchCivPr. 95, 206.

4) Verträge auf Leistung an Dritte S. 97 N. 206; Ztschr. f. CivProc. 29, 206; Lehrb. des CivProc. II § 132 II 3.

5) IheringsJ. 36, 38 f.

Wortlaut und Sinn des § 168 entnehmen, daß die Vollmacht nur da widerruflich sei, wo es vom Gesetz bestimmt ist (wie z. B. im § 715 für die Vertretungsmacht des geschäftsführenden Gesellschafters [1]); außerdem soll Unwiderruflichkeit der Vollmacht nur durch Verabredung mit dem Dritten (z. B. bei der solutionis causa adjectio) hergestellt werden können; eine von A durch einseitige Erklärung an B verliehene Vollmacht sei stets widerruflich. Das Hauptargument von Hellwig für diese Auslegung des § 168, die m. Er. dem Wortlaut und Sinn des Gesetzes einige Gewalt antut [2], ist der Hinweis auf die in § 790 ausgesprochene absolute Widerruflichkeit der Anweisung. Nun ist aber die Anweisung kein Fall der Vollmacht [3], und selbst wenn sie unter den Begriff der Vollmacht zu subsumieren wäre, so müßte man aus § 790 a contrario schließen, daß das Gesetz in den übrigen Fällen eine unentziehbare Vollmacht gestattet. Der Widerspruch, den Schloßmann [4] gegen die Möglichkeit der unwiderruflichen Vollmacht erhebt, beruht auf seiner Ansicht, daß von Vertretung und Vollmacht nur dann die Rede sein könne, wenn B. im Interesse des A zu handeln habe: soll B die Forderung des A einziehen, die Sache des A veräußern und das Geld für sich behalten, so sieht Schloßmann darin eine simulierte Vollmacht [5]: das wirklich gewollte Geschäft

1) Als weiteres Beispiel einer kraft Gesetzes unwiderruflichen Vollmacht nennt Hellwig den § 1117 II, ich glaube zu unrecht: denn die Verpflichtung des Grundbuchamts zur Aushändigung des Hypothekenbriefs ist nicht privatrechtlicher Natur, von einer Vollmacht kann daher nur in analoger Weise die Rede sein. Ferner hat der Gläubiger durch die Vereinbarung mit dem Eigentümer die Hypothek erworben; wenn er nunmehr den Brief vom Grundbuchamt verlangt, so tut er das nicht als Bevollmächtigter des Eigentümers.

2) Wenn § 168 bedeuten sollte, daß die Vollmacht stets widerruflich sei, außer in den vom Gesetz bestimmten Fällen, so wäre diese selbstverständliche Ausnahme von der Regel entweder ganz unerwähnt geblieben oder sie wäre etwa so formuliert worden, wie in §§ 413 oder 903.

3) IheringsJ. 48, 1 f., zustimmend die Kommentare von Oertmann und Staudinger. Insbesondere ist die Anweisung auf Schuld keine Vollmacht zur Einziehung der Forderung; der Assignatar ist ermächtigt, nicht die Forderung einzuziehen, von der er nichts zu wissen braucht, sondern die in der Anweisung genannte Summe zu erheben, welche ihm der Angewiesene auf Rechnung des Anweisenden auszahlt.

4) Stellvertretung II S. 585 f.

5) a. a. O. II S. 439. Wird dem B eine Sache zum Verkauf überlassen, so müßte Schloßmann, da er die Möglichkeit einer Vollmacht resp. Ermächtigung in rem suam in Abrede stellt, Eigentumsübertragung an B annehmen. Darüber, daß unter Umständen, wenn von Vollmacht oder Ermächtigung in rem suam die Rede ist, in der Tat Cession oder Eigentumsübertragung gemeint wird. vgl. unten IV 3b und c.

sei immer Zession. Vom Standpunkt der herrschenden und m. Er. richtigen Lehre kann die Vollmacht, d. h. die Fähigkeit im Vermögen des A Wirkungen herbeizuführen, dem B zu verschiedenen Zwecken verliehen werden; meistens geschieht es zur Ermöglichung einer Geschäftsführung für A, bisweilen aber, um dem B einen Vermögensvorteil zu verschaffen. Will A dem B das Geld zuwenden, welches ihm X schuldet, so kann er ihm seine Forderung abtreten, er kann sich aber auch, was Schloßmann für ausgeschlossen hält, damit begnügen, dem B eine Inkassovollmacht zu erteilen; diese Vollmacht kann infolge des ihr zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses unwiderruflich sein.

II. Erfordernisse der unwiderruflichen Vollmacht.

Das Gesetz gibt keine näheren Bestimmungen über Voraussetzungen und Wirkungen der unwiderruflichen Vollmacht; es ist daher der Theorie und Praxis überlassen, dieses Rechtsgebilde in Einklang mit den Prinzipien unserer Rechtsordnung zu bringen.

1. Das zu Grunde liegende Rechtsverhältnis.

Auszugehen ist von dem einzigen im Gesetz, § 168, 183 ausgesprochenen Rechtssatz, daß die Unwiderruflichkeit der Vollmacht sich aus dem ihr zugrunde liegenden Rechtsverhältnis ergeben muß. Während also der Bestand und Umfang der Vollmacht durch den Vollmachtgeber willkürlich bestimmt werden kann [1]), ist er nicht im Stande, auf den Widerruf zu verzichten, wenn sich der Verzicht nicht aus dem Zweck der Vollmacht rechtfertigt [2]).

Die Vollmacht ist stets ein Mittel zur Erreichung eines rechtlichen Zweckes. Dieser Zweck, den man wie bei der Zuwendung,

1) Der Vollmachtgeber kann die Vollmacht auf beliebige Zeit erteilen und an beliebige Bedingungen knüpfen, ebenso die Rechtsgeschäfte bezeichnen, für welche sie gelten soll etc.

2) Vgl. RG 62, 337; OLG 12, 280 und alle Schriftsteller, welche prinzipiell Unwiderruflichkeit der Vollmacht zulassen. Enneccerus und Hupka sprechen von Unwiderruflichkeit infolge des zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses oder einer Bestimmung des Vollmachtgebers; das scheint mir nur eine Ungenauigkeit des Ausdrucks zu sein: der Wille des Vollmachtgebers genügt nicht, wenn das Rechtsverhältnis nicht auf Unwiderruflichkeit angelegt ist.

aber natürlich in anderem Sinne, causa nennen kann[1]), ergibt sich aus dem Rechtsverhältnis zwischen dem Vollmachtgeber und dem Bevollmächtigten. Er ist stets vorhanden, auch dann, wenn die Vollmacht abstrakt ist d. h. so erteilt wird, daß ihr Bestand und Umfang unabhängig von der causa sein soll[2]).

Meistens ist das Rechtsverhältnis zwischen A und B eine Geschäftsführung, sei es aus Auftrag, sei es aus einem entgeltlichen Vertrag des § 675. In diesem normalen Fall soll die Vollmacht dazu dienen, ausschließlich das Interesse des Vollmachtgebers zu fördern; diesem Zweck entspricht die freie Widerruflichkeit. Jede Beschränkung des Widerrufs würde eine zweckwidrige Schädigung oder wenigstens Gefährdung der Interessen des A bedeuten und ist darum unzulässig. Daher kann die Vollmacht eines Mandatars, Angestellten, Verwalters etc. in der Regel nicht unwiderruflich erteilt werden. Anders, wenn die Tätigkeit des B nicht bloß den Vorteil des A, sondern daneben oder statt dessen den Vorteil des B selbst oder eines Dritten[3]) bezweckt, wenn B procurator in rem

1) Die Zuwendung vergrößert das Vermögen des B, die Vollmacht gibt ihm eine, in der Regel nicht zu seinem Vermögen gehörende, Fähigkeit, auf das Vermögen des A einzuwirken; im übrigen sind Zuwendung und Bevollmächtigung parallele Rechtsvorgänge. So kann es z. B. wie bei der Zuwendung so auch bei der Vollmacht vorkommen, daß das kausale Rechtsverhältnis vorläufig noch nicht existie. A bevollmächtigt den B zur Einziehung seiner Forderung durch Erklärung an den Schuldner und gibt erst später dem B den Auftrag, zu dessen Ausführung die Vollmacht dienen soll.

2) In welchen Fällen die Vollmacht abstrakte Natur hat, ist streitig und soll hier nicht untersucht werden. Unwiderruflich kann eine abstrakte Vollmacht nur dann sein, wenn zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem ein die Unwiderruflichkeit rechtfertigendes Verhältnis besteht. RG 62 Nr. 80 S. 337 erklärt eine Vollmacht für widerruflich, weil sie „abstrakt" sei, d. h. weil unter den Parteien kein der Vollmacht zugrundeliegendes Verhältnis bestehe. Eine in diesem Sinn abstrakte Vollmacht wird nur selten vorkommen (z. B. wenn A den B durch Erklärung an den Dritten bevollmächtigt, bevor er dem B den Auftrag erteilt hat, zu dessen Ausführung die Vollmacht dienen soll); in dem vom RG entschiedenen Fall scheint es aber an einem Rechtsverhältnis zwischen A und B nicht zu fehlen; nur ist dies Rechtsverhältnis, vermutlich Geschäftsbesorgung, nicht geeignet, die Unwiderruflichkeit der Vollmacht zu begründen.

3) RG 52, 96 (Vollmacht zur Führung der Geschäfte einer Handelsgesellschaft, unwiderruflich im Interesse eines Gläubigers); oder: ein Nießbraucher überträgt nach Vereinbarung mit dem Eigentümer zur Vermeidung einer drohenden Sequestration nach § 1052 die Verwaltung der Sache an X; diese Vollmacht kann, da sie im Interesse eines Dritten, des Eigentümers, erteilt ist, unwiderruflich sein (a. A. Planck § 1052 Bem. 6).

suam vel alterius ist. Eine solche Interessenlage kann es rechtfertigen, daß dem B eine unentziehbare Befugnis gewährt wird, auf das Vermögen des A einzuwirken. Aber dazu genügt nicht schon jegliches mitwirkende Interesse des B an dem Geschäft, welches er für A vorzunehmen hat, sondern das Interesse des B muß dem des A in gewissem Maße gleichwertig sein, so daß es neben dem Interesse des A als Zweck des Geschäftes bezeichnet werden kann. Das ist nicht schon dann der Fall, wenn B von der Ausübung seiner Vertretungsmacht einen Vorteil hat, wenn ihm z. B. für seine Tätigkeit ein Lohn versprochen ist; selbst wenn dieser Lohn in einem verhältnismäßigen Anteil am Resultat des Geschäftes besteht (Einkassierung einer Forderung, Verkauf einer Sache gegen prozentual zu berechnende Provision),[1] wird man nicht sagen können, daß der Zweck der Vollmachterteilung darin besteht, dem B diese Belohnung seiner Dienste zu verschaffen[2]. Unwiderruflich kann die Vollmacht nur dann sein, wenn der Erfolg der Tätigkeit des B ihm allein, oder ihm und dem A zugleich zugute kommen soll, wenn man sagen kann, daß er in dem Geschäfte des A zugleich sein eigenes besorgt[3].

Bezieht sich die Vollmacht oder Einwilligung auf eine Verfügung über Rechte des A (Einziehung von Forderungen, Veräußerung von Sachen des A), so kommen als Rechtsverhältnisse

---

1) Zu weit geht Hupka S. 400 (Vollmacht zu einer Versteigerung soll unwiderruflich sein, wenn dem Auktionator eine Quote des Erlöses als Lohn zugesichert ist); dagegen mit Recht Schloßmann II 586, 614. Als Analogie kann hier die Kündigung des Werkvertrages (§ 649) dienen, welche jederzeit zulässig ist, obgleich der Unternehmer wegen des Lohnes an der Herstellung des Werkes interessiert ist. Ob bei Widerruf der Vollmacht der Bevollmächtigte für die aufgewendete Mühe oder für den entgehenden Gewinn zu entschädigen ist, ergibt sich aus dem der Vollmacht zugrundeliegenden obligatorischen Verhältnis, z. B. aus § 628. 649. Das von Hupka zitierte Urteil, SA 53, 223, entscheidet nicht über die Widerruflichkeit der Vollmacht, sondern über den Lohnanspruch des Bevollmächtigten nach erfolgtem Widerruf.

2) Dagegen gilt die Verkaufsermächtigung beim Trödelvertrag für unwiderruflich, weil das Interesse des Trödlers am Mehrerlös über einen Dienstlohn hinausgeht und sich als Spekulationsgewinn darstellt.

3) Solche Rechtsverhältnisse haben, ohne Gesellschaften zu sein (denn das Geschäft wird auf Gefahr und Kosten nicht beider Teile, sondern des Vollmachtgebers geführt), gesellschaftsähnlichen Charakter, weil ein beiderseitiges Interesse verfolgt wird; im Gesellschaftsrecht ist aber die unentziehbare Vertretungsmacht eine normale Erscheinung, vgl. oben. S. 46. N. 1.

welche die Unwiderruflichkeit der Vollmacht rechtfertigen, hauptsächlich in Betracht:[1])

a) die Erteilung der Vollmacht „zahlungshalber", B soll aus dem Erlös der Forderung oder Sache des A, über die er verfügt hat, sich für seine Forderung gegen A befriedigen[2]). Dieser Fall dient allgemein als Musterfall der unwiderruflichen Vollmacht.

b) die Erteilung der Vollmacht (oder Einwilligung „deckungshalber." Darunter verstehe ich folgendes:[3]) B hat eine Sache des A im Auftrag desselben in eigenem Namen verkauft. Um seine Verpflichtung gegen den Käufer zu erfüllen muß er über die Sache des A verfügen können. Der Auftraggeber ist verpflichtet, dem Beauftragten die Erfüllung der übernommenen Verpflichtungen zu ermöglichen, ihm „Deckung" zu verschaffen, in unserem Fall durch die Erlaubnis, die verkaufte, aber immer noch dem Auftraggeber gehörende Sache an den Käufer zu veräußern. Diese, im Verkaufsauftrag liegende Erlaubnis ist so lange widerruflich, bis der Beauftragte den Kaufvertrag mit dem Dritten schließt: mit diesem Moment entsteht für den Beauftragten ein eigenes Interesse (Haftungsinteresse) an der Veräußerung der Sache des A, und damit ist die ihm erteilte Erlaubnis zur Veräußerung unwideruflich geworden. Dieser Satz ergibt sich so selbstverständlich aus der Interessenlage, daß er m. W. in der Lehre vom Auftrag und der Kommission nicht ausgesprochen wird: man be-

1) Seltener findet sich eine solche Interessenlage, wenn sich die Vollmacht nicht auf einzelne Verfügungen, sondern auf die Verwaltung eines Vermögens oder eines Unternehmens bezieht. Aber es ist nicht ausgeschlossen, daß z. B. ein stiller Gesellschafter oder jemand, der einen Nießbrauch an einem Handelsgeschäfte hat, oder ein Gläubiger eines solchen Geschäfts bis zur Tilgung seiner Forderung in unentziehbarer Weise mit der Führung der Geschäfte betraut wird; vgl. Denkschrift zum Entw. des HGB S. 231; Staub, Exk. zu HGB § 58 Anm. 70.

2) Demselben Zweck, Befriedigung des B, kann auch eine zahlungshalber vorgenommene Cession dienen, und es kann im einzelnen Fall zweifelhaft sein, ob die Parteien Vollmacht oder Cession gewollt haben, vgl. ob. S. 49 N. 5. Wenn man aber Cession annimmt, so ist es sicher unrichtig, mit dem RG 53, 419, das der Cession zugrundeliegende Rechtsverhältnis als Vollmacht zu bezeichnen. Denn die wenn auch zahlungshalber an B abgetretene Forderung ist nunmehr eine Forderung des B (wenn das RG von einer Abtretung ohne Übergang der Forderung in das Vermögen des Cessionars spricht, so scheint mir das eine flagrante contr. in adj. zu sein); eine Vollmacht zur Ausübung eigener Rechte kann es aber nicht geben. Übrigens scheint mir das Urteil in dem vom RG entschiedenen Fall, trotz der falschen Begründung, zutreffend zu sein.

3) Vgl. Tuhr, A. de in rem verso S. 96 f.

gnügt sich damit, zu konstatieren, daß der Auftrag nicht widerrufen werden kann, sobald der Beauftragte den ihm aufgetragenen Verkauf abgeschlossen hat[1]). Daraus würde aber nur folgen, daß der Beauftragte Ersatz seiner Auslagen und Befreiung von den eingegangenen Verbindlichkeiten verlangen kann; er ist aber m. E. nicht auf diesen Anspruch angewiesen, sondern hat außerdem die jetzt unentziehbar gewordene Befugnis, seine Verbindlichkeit gegenüber dem Käufer durch Veräußerung der Sache des Auftraggebers zu erfüllen[2]).

c) ein weiteres Rechtsverhältnis, welches Grundlage einer unwiderruflichen Vollmacht sein kann, liegt vor, wenn A dem B erlaubt, über Rechte des A zu verfügen, um den Erlös als Valuta eines von A gewährten Darlehns zu behalten[3]). Auch hier kann das Interesse des A und des B an der Verwertung der Vermögensstücke des A als gleichwertiges betrachtet werden.

d) zweifelhaft ist, ob eine formlos verabredete Schenkung zur Begründung einer unwiderruflichen Vollmacht ausreicht, wie vielfach angenommen und vom RG 53, 99 (gelegentlich) ausgesprochen wird. Allerdings ist in § 518 eine Form nur für das Schenkungsversprechen vorgeschrieben, eine donandi causa erteilte Vollmacht ist aber kein Versprechen des Schenkers: denn der Beschenkte kann sich den ihm zugedachten Vermögensvorteil ohne weitere Tätigkeit des Schenkers selbst verschaffen; jedoch scheint mir die ratio des § 518 dafür zu sprechen, daß eine Vollmacht nur bei Vorliegen eines formgültigen Schenkungsversprechens unwiderruflich sein könne[4]). Denn die Schenkungsform soll die aus psychologischen Gründen gefährlichen Schenkungen erschweren, bei denen der Schenker sein Vermögen nicht sofort mindert, sondern einer künftigen Minderung aussetzt; das würde aber, wie beim Schenkungsversprechen, so auch bei einer schenkungshalber erteilten Vollmacht zutreffen, wenn der Widerruf ausgeschlossen werden könnte.

2. Umfang der unwiderruflichen Vollmacht.

In welchem Umfang kann, bei Vorliegen eines Interesses des B unwiderrufliche Vollmacht erteilt werden? Zweifellos zu-

1) Vgl. z. B. Staub, HGB § 383 Anm. 24; Dernburg, Bürg. Recht II § 341 VII.
2) Vgl. die wenig beachtete resp. mißverstandene l. 14 de r. v. 6, 1 und dazu Strohal, IheringsJ. 30, 192; Tuhr, A. de in r. v. S. 101.
3) Dernburg, II § 234 II 4.
4) so auch Rehbein, Komm. I S. 275.

lässig ist eine solche Vollmacht zur Verfügung über einzelne Rechte des A sowie zur Eingehung von Verbindlichkeiten bestimmten Inhalts; so gut A sich eines Rechtes entäußern oder eine Verbindlichkeit eingehen kann, so gut kann er dem B die unentziehbare Befugnis verleihen, diese Rechtseffekte für ihn herbeizuführen [1]). Die Bevollmächtigung des B hat für den A die Wirkung einer eventuellen, vom Willen des B abhängenden Veräußerung resp. Verpflichtung [2]).

Dagegen bestehen Bedenken gegen eine unwiderrufliche Vollmacht von sachlich unbegrenzter Ausdehnung. Dieselben Gründe, welche das Gesetz, § 310, veranlassen, eine Verpflichtung zur Veräußerung des künftigen Vermögens für nichtig zu erklären, lassen sich gegen eine unwiderrufliche Vollmacht anführen, durch welche das ganze Vermögen des A der Willkür des B preisgegeben wäre [3]). Unsere sittlichen Anschauungen über das unantastbare Maß der Entschlußfreiheit, welche unter dem Namen der guten Sitten auf dem Gebiet des Rechts zur Geltung kommen, verbieten eine unwiderrufliche Vollmacht, wenn sie nicht inhaltlich auf ein vernünftiges Maß reduziert ist.

Positiv entschieden ist die Frage für die inhaltlich so gut wie schrankenlose Prokura; sie ist nach HGB § 52 stets widerruflich. Diese Spezialvorschrift ist durch den allgemeineren Rechtssatz des § 168 BGB nicht modifiziert [4]). Dasselbe muß m. E. von einer Generalvollmacht des bürgerlichen Rechts gelten [5]); sie kann in ihrem ganzen Umfang nicht unwiderruflich sein, wohl aber für einen engeren Kreis von Rechtshandlungen; so hat das RG 52, 96 eine sehr allgemein gehaltene unwiderruflich erteilte Vollmacht eines Gesellschafters dahin interpretiert, daß der Bevollmächtigte unwiderruflich befugt sei, die Gesellschaft namens des Vollmachtgebers zu kündigen, nicht aber dazu, daß Liquidationsbetreffnis festzustellen oder über dasselbe zu verfügen.

---

1) vgl. Lenel, JheringsJ. 36, 37.

2) Dasselbe Resultat könnte A erreichen, indem er das Veräußerungs- oder Verpflichtungsgeschäft selbst abschließt unter der Bedingnng der Zustimmung des B.

3) Ebenso ist m. E. unzulässig eine unwiderrufliche Vollmacht zur Verfügung über den ganzen Nachlaß eines noch lebenden Dritten, weil sie den künftigen Erben in ähnlicher Weise binden würde, wie ein nach § 312 nichtiger obligatorischer Vertrag über den Nachlaß.

4) Düringer, Bem. I zu HGB § 52.

5) Dernburg I § 165 N. 10; OLG 6 S. 37.

3. Verzicht auf den Widerruf.

Unwiderruflichkeit der Vollmacht ergibt sich nicht ohne weiteres daraus, daß ein dafür geeignetes Rechtsverhältnis zwischen A und B besteht; eine Inkassovollmacht ist z. B. nicht schon deswegen unwiderruflich, weil sie dem B in rem suam erteilt ist. Der Vollmachtgeber muß vielmehr die Unwiderruflichkeit gewollt haben[1]), ohne daß dieser Wille ausdrücklich geäußert zu sein braucht; wenn z. B. Jemand bevollmächtigt wird, die Zinsen einer Forderung des A solange einzuziehen, bis er für seine Forderung gegen A befriedigt ist, so wird der Widerruf als ausgeschlossen gelten. Anders, wenn B „bis auf weiteres" ermächtigt wird, die Zinsen der Forderung des A zu seiner Befriedigung einzuziehen.

Der Ausschluß des Widerrufs muß vom Vollmachtgeber gewollt sein, aber er braucht nicht, wie Hupka S. 396 annimmt, mit B oder einem Dritten vereinbart zu sein[2]). Ich sehe keinen Grund ein, warum die einseitige Erklärung des A, welche nach unserem Recht zur Erteilung der Vollmacht genügt, nicht auch imstande sein soll, die Vollmacht unwiderruflich zu gestalten[3]). So gut A durch seinen Willen Bedingungen, Anfangs- und Endtermine für die Vollmacht festsetzen und ihren Umfang bestimmen kann, so gut kann er ihr die Eigenschaft der Unwiderruflichkeit beilegen. Allerdings muß, wie wir gesehen haben, ein die Unwiderruflichkeit rechtfertigendes Rechtsverhältnis zwischen A und B vorliegen, und dieses Rechtsverhältnis, nicht die Vollmacht, beruht meistens auf einer Vereinbarung zwischen A und B.

Der Widerruf der Vollmacht kann, wie ganz ausgeschlossen, so auch an Bedingungen und Fristen gebunden werden. Daß die Unwiderruflichkeit nur bedingt gewollt ist, kann auch, ohne daß

---

1) Man kann in bequemem Sprachgebrauch von einem Verzicht auf den Widerruf reden, obgleich es genau genommen, wenn die Vollmacht von vorn herein als unwiderrufliche erteilt wird, an einem durch Verzicht aufgehobenen Recht des Vollmachtgebers fehlt.

2) Die solutionis causa adjectio (durch Vertrag vereinbartes Recht des Schuldners, an einen Dritten zu leisten) ist m. Er. nicht unter den Begriff der unwiderruflichen Vollmacht zu stellen, vgl. unten IV 3c.

3) Die Erklärung muß an den Bevollmächtigten oder an den Dritten gerichtet sein, dem gegenüber der Bevollmächtigte handeln soll. Durch Erklärung an eine andere Person, X, kann eine Vollmacht weder erteilt noch unwiderruflich gemacht werden; durch Vereinbarung mit X kann der Vollmachtgeber sich nur obligatorisch verpflichten, die an B erteilte Vollmacht nicht widerrufen zu wollen.

es ausgesprochen wäre, aus den Umständen nach § 133 entnommen werden. So wird man oft annehmen dürfen, daß der Ausschluß des Widerrufs sich nicht auf den Fall bezieht, daß ein „wichtiger Grund“ eintritt, wie ihn das Gesetz in § 27, 712 vorsieht. Es würde gegen Treue und Glauben verstoßen, wenn man dem B erlauben wollte, eine Verwaltung weiter zu führen, die ihm A zwar unwiderruflich überlassen hat, aber unter der selbstverständlichen Voraussetzung, daß B seine Pflichten erfüllen will und kann [1]).

4. Erklärung des Verzichtes.

Die Vollmacht kann nach der positiven und nicht wegzudeutenden Vorschrift des § 167 erteilt werden durch Erklärung an den Bevollmächtigten B [2]) oder an den Dritten, X, dem gegenüber die Vertretung stattfinden soll. Der Erklärung an X steht gleich die Mitteilung an ihn oder die öffentliche Bekanntmachung von der an B erteilten Vollmacht, § 171, sowie die Aushändigung einer Vollmachtsurkunde an B und Vorweisung derselben durch B an X (§ 172). Wird einer der letzteren Wege gewählt, so erfolgt meistens daneben eine Vollmachtserklärung an B, ohne welche sich B nicht veranlaßt sehen würde, für A tätig zu werden. Zwischen der internen Erklärung an B und der externen Vollmachts-

---

1) vgl. Hupka 405.

2) Lenel und Hellwig (zuletzt im Lehrb. des Ziv. Proz. II § 128 N. 37) folgern aus dem Zweck der Vollmacht (Vorbereitung eines Rechtsgeschäftes, dessen Wirkungen zwischen dem Vollmachtgeber A und dem Dritten X eintreten sollen), daß die Vollmacht nur durch Erklärung an X erteilt werden könne; werde die Vollmacht zunächst dem Vertreter B gegenüber ausgesprochen, so komme es doch, wenn B die Vollmacht ausübe und dabei, wie nicht anders möglich, im Namen des A handele, zu einer Erklärung der Vollmacht an X, wobei B als Bote des A fungiere. Diese Auffassung hat viel Bestechendes; ich habe ihr früher nahegestanden und aus ihr eine Konsequenz hergeleitet (DJZ. 1899 S. 352), welche mich jetzt neben anderen Gründen bestimmt, von dieser Ansicht abzugehen und mich der herrschenden Meinung anzuschließen: wenn nämlich B, indem er sich dem X gegenüber auf seine Vollmacht beruft, als Bote des A zu betrachten wäre, so müßte eine falsche Übermittelung der ihm von A erteilten Vollmacht unter § 120 fallen d. h. A müßte das vollmachtswidrige Geschäft anfechten und dem X das negative Interesse ersetzen. Daß dies nicht die Meinung des Gesetzes ist, geht aus den in § 179 geregelten Haftungsverhältnissen hervor: A kann das Geschäft des B, wenn es außerhalb der Vollmacht liegt, ohne weiteres als unverbindlich zurückweisen. Daraus folgt, daß die Vollmacht nicht dadurch zustande kommt, daß B die Erklärung des A dem X überbringt, sondern schon durch die dem B gegenüber abgegebene Erklärung des Vollmachtgebers, vgl. Hupka 203.

erteilung durch Erklärung an X, öffentliche Bekanntmachung oder Ausstellung einer Urkunde kann eine inhaltliche Divergenz vorkommen, indem die Grenzen der Vollmacht in der einen Erklärung weiter gezogen werden, als in der anderen. Insbesondere kann es vorkommen, daß die Vollmacht nur gegenüber dem B oder nur gegenüber dem X als unwiderruflich bezeichnet wird. Ist die Unwiderruflichkeit nur in der internen Erklärung ausgesprochen, so wird X, wenn ihm ein Widerruf des A zugegangen ist, Bedenken tragen, sich mit B einzulassen; tut er es doch, so muß ihm die Unwiderruflichkeit der Vollmacht zu gute kommen, ebenso wie eine dem X überhaupt nicht mitgeteilte Vollmacht dennoch zur Geltung käme. Umgekehrt kann sich X, wenn ihm gegenüber die Vollmacht als unwiderruflich bezeichnet ist, darauf, wie auf den übrigen Inhalt der ihm zugegangenen Erklärung, verlassen. Aber die Unwiderruflichkeit der Vollmacht hängt, wie wir gesehen haben, nicht, wie der sonstige Inhalt der Vollmacht, bloß vom Willen des Vollmachtgebers ab, sondern erfordert das Vorliegen eines geeigneten Rechtsverhältnisses zwischen A und B; fehlt dieses Rechtsverhältnis, so kann dieser Mangel nicht durch den Willen des A ersetzt werden, und die Vollmacht bleibt trotz der Erklärung des A widerruflich. Daher kann X, wenn ihm die Vollmacht von A als unwiderruflich mitgeteilt worden ist, aus dieser Mitteilung nicht ersehen, ob die Vollmacht in der Tat unwiderruflich ist; er wird, wenn ihm das Rechtsverhältnis von A zu B unbekannt oder als Grundlage der Unwiderruflichkeit zweifelhaft ist, angesichts eines dennoch erfolgten Widerrufs vorsichtiger Weise keine Rechtsgeschäfte mit B schließen; tut er es dennoch, so entsteht ein Zustand der Ungewißheit, den er sich selbst zuzuschreiben hat.

Einer solchen Ungewissheit darf X nicht ausgesetzt sein, wenn der Vertreter des A ihm gegenüber einseitige Rechtsgeschäfte namens des A vornimmt. Bei solchen Geschäften muß die Legitimation des Vertreters völlig zweifelsfrei sei[1]); das Gesetz, § 174, gibt daher dem Dritten das Recht, Vorlage einer Vollmachtsur-

1) So wird z. B. auch eine bedingte Vollmacht zur Kündigung nicht ausreichen, selbst dann nicht, wenn der Eintritt der Bedingung dem Kündigungsgegner bekannt ist oder sein kann; die Legitimation des Kündigenden muß sich ganz aus der Urkunde ergeben, ohne Hinzuziehung anderer Tatsachen, deren späterer Beweis sich immer schwierig oder wenigstens lästig für den Kündigungsgegner gestalten kann.

kunde zu verlangen. Aus der Urkunde muß im Zusammenhalt mit dem, was dem Dritten sonst bekannt ist, hervorgehen, ob B zur Kündigung, Anfechtung etc. befugt ist. Da nun aber der Dritte, selbst wenn die Vollmacht in der Urkunde oder der Mitteilung an ihn als unwiderruflich bezeichnet ist, nicht wissen kann, ob die Unwiderruflichkeit durch das Rechtsverhältnis zwischen A und B gerechtfertigt wird, so wird man ihm, wenn ihm ein Widerruf des A zugegangen ist gestatten müssen, die einseitige Erklärung des B wegen zweifelhafter Legitimation zurückzuweisen.

5. Ende der Unwiderruflichkeit.

Die Vollmacht hört auf unwiderruflich zu sein, wenn das ihr zu Grunde liegende Rechtsverhältnis wegfällt oder sich so verändert, daß die Unwiderruflichkeit nicht mehr gerechtfertigt erscheint Wenn z. B. eine unwiderrufliche Vollmacht von A an B erteilt wird zum Zweck der Befriedigung einer Forderung des B und diese Forderung durch Zahlung oder Aufrechnung erlischt so verliert die Vollmacht jedenfalls den Charaktes der Unwiderruflichkeit. Ob sie als widerrufliche Vollmacht fortbestehen kann, ergibt sich aus § 168, 1: besteht zwischen A und B nach Tilgung der Schuld kein Rechtsverhältnis mehr, dann ist die Vollmacht erloschen; bleibt, was Auslegungsfrage ist, ein Auftrag übrig, so dauert die Vollmacht als widerrufliche fort.

III. Wirkungen der unwiderruflichen Vollmacht.

Was die Wirkungen der unwiderruflichen Voltmacht anbetrifft, so ist davon auszugehen, daß die Vollmacht durch den Ausschluß des Widerrufs zwar abnorm gestaltet und zu eigenartigen Zwecken verwendbar wird, immerhin aber Vollmacht bleibt und daher keine über das Wesen der Vollmacht hinausgehenden Wirkungen hervorbringen kann. Das Produkt der Bevollmächtigung ist aber kein subjektives Recht, welches mit den sonstigen Rechten, wie Eigentum, Forderung, Autorrecht etc., den sog. Herrschaftsrechten [1], in einer Reihe steht, sondern eine Befugnis, durch Rechtsgeschäfte mit Dritten (ausnahmsweise, § 181, mit sich selbst) solche

1) Seckel in der Festgabe der Jur. Ges. Berlin für Koch S. 208.

Rechte für oder gegen den Vollmachtgeber zu begründen, aufzuheben oder abzuändern [1]). Der Bevollmächtigte hat neben der normalen Fähigkeit eines jeden Menschen, die rechtlichen Schicksale seines Vermögens zu bestimmen, die besondere, ihm durch Rechtsgeschäft verliehene und in der Regel ebenso entziehbare Fähigkeit, Wirkungen in einem fremden Vermögen herbeizuführen.

Wenn die Vollmacht im Interesse des Bevollmächtigten und unentziehbar bestellt ist, so hat sie infolge dieser Eigenschaften eine größere Ähnlichkeit mit den Herrschaftsrechten; wenn z. B. X unwiderruflich ermächtigt ist eine Sache des A zu veräußern und den Erlös für sich zu behalten, so nähert sich seine Rechtsstellung der eines Pfandgläubigers, der ebenfalls befugt ist, die Sache zu eigenem Vorteil zu verkaufen. Diese Ähnlichkeit besteht aber nur prima facie; denn aus dem Wesen der Vollmacht ergeben sich folgende Rechtssätze:

1. da die Vollmacht auf einem Rechtsverhältnis zwischen dem Vermögenssubjekt A und seinem Vertreter beruht, so erstreckt sich die Rechtsmacht des Vertreters nur auf die Gegenstände welche jeweilig dem Vermögen des A angehören [2]); ist z. B. B als Vormund oder Bevollmächtigter des A befugt, eine Sache des A zu veräußern, so erlischt diese Befugnis, sobald die Sache aus irgend einem Grunde aus dem Vermögen des A ausgeschieden ist, während die Veräußerungsbefugnis des B, wenn sie auf einem Recht an der Sache, Pfandrecht, beruht, unabhängig davon ist, ob die Sache im Vermögen des A verbleibt oder nicht.

2. durch die Bevollmächtigung des B wird die normale Handlungsfähigkeit des Vollmachtgebers A nicht beschränkt; wenn A den B zu einem Rechtsgeschäft ermächtigt, verliert er damit nicht die Fähigkeit, dasselbe Geschäft selbst vorzunehmen oder durch

1) Die Vertretungsmacht kann, bei dem unbestimmten Umfang, den der Begriff des subjektiven Rechts in unserer Jurisprudenz hat, den Rechten zugezählt werden. Sie bildet neben den Herrschaftsrechten und den Gestaltungsrechten (welche im Sinn von Seckel a. a. O. S. 210 nur durch einseitige Rechtsgeschäfte ausgeübt werden) eine dritte den Gestaltungsrechten nahestehende Kategorie.

2) Dem Bevollmächtigten hilft seine bona fides nicht: wenn er irrtümlich glaubt, daß die Sache dem Vollmachtgeber gehört, so ist er dennoch nicht befugt, sie zu veräußern; ein Pfandgläubiger würde durch bona fides Pfandrecht erwerben.

einen anderen Bevollmächtigten vornehmen zu lassen. Die Vertretungsmacht des Bevollmächtigten ist nicht exklusiv [1]), sondern konkurriert mit der Handlungsfähigkeit des Vollmachtgebers. Dieser Satz ist zwingenden Rechts: Niemand kann sich durch Bevollmächtigung eines anderen oder ein sonstiges Rechtsgeschäft der Fähigkeit entäußern, in seinem Rechtskreis rechtswirksame Handlungen vorzunehmen [2]). Dieses Axiom unserer Rechtsordnung ist im Gesetz für den wichtigsten Anwendungsfall ausgesprochen in § 137: die Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht kann nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden. Aber der Grundsatz geht weiter als der Rechtssatz des § 137: er gilt nicht nur für Verfügungen, sondern auch für sonstige Rechtsgeschäfte: Niemand kann sich z. B. durch Rechtsgeschäft die Befugnis nehmen, Rechte zu erwerben oder Verpflichtungen einzugehen [3]). Alles dieses gilt auch für die unwiderrufliche Vollmacht, weil sie Vollmacht ist. Wenn also A dem B die unentziehbare Vollmacht erteilt, über eines seiner Rechte zu verfügen, so ist er vielleicht faktisch, aber nicht rechtlich gehindert, selbst über das Recht zu verfügen und dadurch einer Verfügung des B zuvorzukommen [4]).

3. Wird B bevollmächtigt, über einen Gegenstand des A zu verfügen, so bleibt dieser Gegenstand nichtsdestoweniger im Vermögen des A und ist infolgedessen immer noch dem Zugriff der Gläubiger des A ausgesetzt, u. zw. selbst dann, wenn die Voll-

---

1) Exklusiv ist die gesetzliche Vertretungsmacht, vgl. ob. S. 46 Note 3, sei es, daß dem Vertretenen die Geschäftsfähigkeit fehlt, oder daß ihm das Gesetz die Verfügung über einen Rechtskreis entzieht, § 1984, 2211, KO § 6.

2) vgl. Bülow, Geständnisrecht S. 37f. Die Polemik von Schloßmann, Stellvertretung II S. 611 scheint mir auf Mißverständnis zu beruhen: das Rechtssubjekt kann sich natürlich, und das wird auch von Bülow nicht bestritten, dazu verpflichten, ein ihm zustehendes Recht nicht auszuüben; dadurch wird das „Dürfen" beschränkt. Dagegen kann das aus einem Recht, Eigentum oder Forderung, hervorgehende „Können" nicht anders aufgehoben werden, als durch Aufgabe des Rechtes selbst.

3) Darum wird z. B. durch einen Tarifvertrag der Abschluß eines Arbeitsvertrags von abweichendem Inhalt nicht gehindert, Enneccerus II § 365 N. 16.

4) Ein Versprechen, ein Recht nicht ausüben zu wollen, ist im allgemeinen gültig, wenn es nicht gegen die guten Sitten oder ein gesetzliches Verbot (z. B. § 1136) verstößt, erzeugt aber nur eine obligatorische Verpflichtung und eventuellen Schadenersatz.

macht dem B in seinem Interesse und daher unwiderruflich verliehen ist[1]).

Überblicken wir diese für die Vollmacht charakteristischen Rechtssätze, so ergibt sich, daß die Stellung des Bevollmächtigten, selbst bei Ausschluß des Widerrufs, eine prekäre ist; ist B, wenn auch unwiderruflich bevollmächtigt, über einen Gegenstand des A zu verfügen, so ist seine Verfügungsmacht abhängig von dem Fortbestand des Eigentums des A und kann durch eigene Verfügungen des A sowie durch Zugriff von dessen Gläubigern vereitelt werden. Eine unantastbare Stellung kann A dem B nur dadurch verschaffen, daß er dem B ein Recht einräumt: sei es das volle Recht an dem betreffenden Gegenstand, sei es Pfandrecht.

IV. Anwendungsfälle.

Betrachten wir nunmehr, gewissermaßen in einem speziellen Teil, die Hauptarten von Rechtsgeschäften, zu denen eine Vollmacht erteilt werden kann; wir werden dabei ersehen, in welchem Maße die Stellung des Bevollmächtigten durch die Unentziehbarkeit der Vollmacht gefestigt werden kann.

---

1) Dagegen haftet der Gegenstand natürlich nicht den Gläubigern des Bevollmächtigten, zu dessen Vermögen er nicht gehört. Zweifelhaft ist es, ob die unwiderrufliche Vollmacht zu den Rechten zu zählen ist, welche nach CPO § 857 pfändbar sind; der Vermögenswert liegt vor, und die Ausübung kann einem Dritten, durch Substitution, überlassen werden. Aber selbst wenn man die Pfändbarkeit der unwiderruflichen Vollmacht bejaht, so kann die Rechtsstellung des Pfändungsgläubigers nicht stärker sein, als die des Bevollmächtigten: auch sein Recht kann durch Verfügungen des Vollmachtgebers oder Zugriff von dessen Gläubigern vereitelt werden. Ähnlich verhält es sich mit der Pfändbarkeit einer auf unwiderruflicher Einwilligung (§ 183) beruhenden Verfügungsbefugnis. Dagegen scheint mir unrichtig die gelegentliche Bemerkung des RG 58, 179, wonach die Gläubiger des Pächters auf die Inventarstücke greifen dürften, über welche der Pächter nach § 588 verfügen kann; diese Verfügungsbefugnis scheint mir mit dem unpfändbaren Pachtrecht untrennbar verbunden zu sein. Eine ähnliche Veräußerungsbefugnis besteht bei dem der Pfändung unterliegenden Nießbrauch, § 1048. Was wird dabei aus der dem Veräußerungsrecht des Nießbrauchers entsprechenden Pflicht zu Ersatzanschaffungen? Sie wird von dem zur Ausübung des gepfändeten Nießbrauchs eingesetzten Verwalter CPO § 857 IV, erfüllt.

1. Erwerb von Rechten.

Unwiderrufliche Vollmacht zum Erwerb von Rechten für den Vollmachtgeber A bildet oft einen Bestandteil einer umfassenderen Vollmacht z. B. zur Verwaltung eines Vermögens oder eines Unternehmens, kann aber auch, wenn auch selten, selbständig vorkommen, wenn der Bevollmächtigte B ein eigenes Interesse am Rechtserwerb des A hat. So kann z. B. ein langjähriger Pächter unwiderruflich ermächtigt werden, für das Grundstück ein Wegerecht zu erwerben (unter Anrechnung des Aufwandes auf den Pachtzins), oder der Nießbraucher einer Forderung ermächtigt werden, für diese Forderung Hypotheken zu erwerben oder Bürgschaften anzunehmen [1]).

2. Eingehen von Verbindlichkeiten.

Unwiderrufliche Vollmacht zur Eingehung von Verbindlichkeiten kann nicht nur als Bestandteil einer Verwaltungsvollmacht, sondern auch selbständig verliehen werden, wenn ein beachtenswertes Interesse des B an der zu Lasten des A zu begründenden Verpflichtung vorliegt und die Grenzen dieser Verpflichtung in der Vollmacht mit genügender Bestimmtheit festgesetzt sind [2]).

So kann z. B. die unwiderrufliche Vollmacht dahin gehen, daß B im Namen des A ein Darlehen bei X aufnimmt und die Valuta als Darlehen, Zahlung oder Schenkung von A für sich behält, oder daß B für ein von ihm selbst aufzunehmendes Darlehen eine Bürgschaftserklärung im Namen des A abgibt; in beiden Fällen muß die Darlehnssumme genau oder innerhalb gewisser Grenzen festgesetzt sein. Andere Beispiele sind: A vermietet eine

1) Bezieht sich die Vollmacht auf den Erwerb eines Grundstücks, so kann sie nach der Regel § 167 II formlos erteilt werden; anders, wie es scheint, RG 62 Nr. 80 S. 33; die ratio des § 313 trifft hier nicht zu: denn es wird für den Vollmachtgeber eine Verpflichtung, ein Grundstück zu veräußern, weder begründet noch vorbereitet.

2) Bezieht sich die unwiderrufliche Vollmacht auf den Verkauf eines Grundstücks, so gilt für die Vollmacht trotz § 167 II die Form des § 313: durch die Vollmacht ist der Vollmachtgeber A zwar noch nicht verpflichtet, das Grundstück zu veräußern, aber eine solche Verpflichtung kann für ihn jederzeit durch den Willen des B begründet werden; seine Lage ist dieselbe, als ob er sich unter einer Bedingung verpflichtet hätte, die in einer Willenserklärung des B besteht. Solche unwiderrufliche Vollmachten kommen oft als Bestandteil eines Parzellierungsvertrag vor; für das Erfordernis der Form RG 50, 169; SeuffArch. 57 Nr. 57; Planck Bem. 1a zu § 313; Dernburg II § 80 N. 18.

Wohnung an B, der ein besonderes Interesse daran hat, daß die Nachbarräume nur von ihm genehmen Personen bewohnt werden; darum läßt sich B von A die nnentziehbare Vollmacht geben, diese Räume im Namen des A unter bestimmten Bedingungen an Dritte zu vermieten. Oder: ein Regisseur läßt sich in seinem Anstellungsvertrag vom Theaterunternehmer die unwiderrufliche Vollmacht geben, Schauspieler nach seiner Auswahl zu bestimmten Bedingungen anzustellen [1]). Oder endlich: A schuldet dem B eine Sache, die im Eigentum des X steht; statt sie selbst von X zu erwerben, gibt er dem B Vollmacht, die Sache von X zu kaufen und für sich zu behalten; die Vollmacht ist unter diesen Umständen unwiderruflich. Ebenso wenn A verpflichtet ist, etwa auf Grund einer Unterhaltspflicht, dem B Wohnung zu verschaffen, und zur Erfüllung seiner Pflicht den B bevollmächtigt, eine geeignete Wohnung in seinem, des A, Namen und auf seine Kosten zu mieten.

Bezieht sich die unwiderrufliche Vollmacht auf einen der beiden eben besprochenen Fälle, Erwerb von Rechten und Eingehung von Verbindlichkeiten für A, so kann B weder durch Widerruf noch auf Umwegen von A gehindert werden, die von ihm gewünschte Rechtswirkung im Vermögen des A zu erzielen [2]). Allerdings konkurriert mit der durch Vollmacht begründeten Befugnis des B die unvermindert fortbestehende Handlungsfähigkeit des A; A kann daher z. B. das Recht, zu dessen Erwerb er dem B Vollmacht erteilt hat, selbst erwerben, wodurch die Vollmacht des B gegenstandslos wird; aber damit wäre gerade das Resultat hergestellt, auf welches es dem B ankommt. Bezieht sich die Vollmacht auf eine für A zu begründende Verpflichtung, und wird die Verpflichtung vom Vollmachtgeber selbst eingegangen (z. B. die Wohnung, zu deren Vermietung A dem B unwiderruflich Vollmacht gibt, wird von A selbst vermietet), so ist dadurch B nicht gehindert, eine Verpflichtung desselben Inhalts gegenüber einem anderen Gläubiger auf Grund seiner Vollmacht herzustellen; beide Verpflichtungen sind für A verbindlich; erfüllt er an einen Gläu-

1) vgl. Hupka S. 399.

2) Nur wenn über A Konkurs eröffnet wird, kann B auf Grund seiner, wenn auch unwiderruflichen, Vollmacht keine den Konkursgläubigern gegenüber wirksamen Verpflichtungen des A begründen; denn die Forderungen der Konkursgläubiger müssen zur Zeit der Konkurseröffnung schon begründet sein, KO § 3, das kann man aber von solchen Forderungen nicht sagen, welche erst durch Ausübung einer Vollmacht entstehen können.

biger, so hat er dem anderen Schadenersatz zu leisten. Etwas anders verhält es sich, wie wir gleich sehen werden, bei Bevollmächtigung zu Verfügungen.

3. Verfügungen.

Verfügungen sind Rechtsgeschäfte, durch welche Rechtsverhältnisse oder Rechte übertragen, aufgehoben oder geändert werden. Eine Verfügung über ein Rechtsverhältnis ist z. B. die Ausschlagung einer Erbschaft oder die Kündigung eines Vertrags. Eine Vollmacht zu solchen Handlungen kann unwiderruflich sein, wenn es sich aus dem der Vollmacht zugrunde liegenden Verhältnis zwischen A und B ergibt[1]. Aber trotzdem kann, wie oben S. 60 gesagt, A durch eigenes Handeln seinem Bevollmächtigten B zuvorkommen z. B. die Erbschaft, zu deren Ausschlagung er den B ermächtigt hat, annehmen und dadurch die Ausschlagung vereiteln, oder den Gesellschaftsvertrag, den B nach seinem Ermessen im Namen des A kündigen sollte, auf bestimmte Zeit verlängern und damit die Kündigung für sich und auch für seinen Vertreter B unmöglich machen.

Dasselbe gilt für Verfügungen über Rechte. Hier ergeben sich aber aus der Verschiedenheit der in Betracht kommenden Rechte gewisse, zum Teil nicht ganz einfache Rechtslagen. Ich beschränke mich auf die wichtigsten Fälle: Verfügungen über Grundstücke und Mobilien, sowie Verfügungen über Forderungen speziell Einziehung derselben.

a) Verfügungen über Grundstücke.

Verfügungen über Grundstücke können durch Vertreter vorgenommen werden, insbesondere auch die Auflassung. Für die Vollmacht ist nach materiellem Recht, BGB § 167, keine Form vorgeschrieben, aber die Eintragung soll nach BGB § 29 nur dann erfolgen, wenn die erforderlichen Erklärungen, also auch die Vollmacht, zu Protokoll abgegeben, oder durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen sind.

An sich steht nichts im Wege, eine Vollmacht zu einem Grundbuchgeschäft, bei Vorliegen eines geeigneten Rechtsverhältnisses

---

1) z. B. A cediert dem B seinen Pflichtteilanspruch und gibt ihm unwiderrufliche Vollmacht zu der nach § 2306/7 erforderlichen Ausschlagung der Erbschaft resp. des Vermächtnisses, Strohal, Erbrecht § 53 N. 4.

zwischen A und B, unwiderruflich zu erteilen[1]); aber die Unwiderruflichkeitsklausel ist praktisch von geringem Wert: wenn A durch Erklärung an das Grundbuchamt die Vollmacht widerruft, so wird das Grundbuchamt, selbst wenn die Vollmacht als unwiderruflich bezeichnet ist, Bedenken tragen, anzunehmen, daß der Nachweis der zur Eintragung erforderlichen Erklärung erbracht ist; denn der Vollmachtgeber ist ja nach BGB § 168 nicht ohne weiteres im Stande, sich des Widerrufs zu begeben, sondern nur dann, wenn die Unwiderruflichkeit durch sein Rechtsverhältnis zum Bevollmächtigten gerechtfertigt ist; ob aber dieser Fall vorliegt, wird aus der Vollmachtsurkunde nicht mit Sicherheit zu entnehmen sein. Die Eintragung wird also unterbleiben müssen, bis der Widerruf zurückgenommen oder dem Grundbuchamte als unwirksam nachgewiesen wird[2]).

Abgesehen von diesen Hindernissen, die A dem B bei der Benutzung der unwiderruflichen Vollmacht entgegenstellen kann, ist A jedenfalls in der Lage, die Verfügung des B dadurch zu vereiteln, daß er mit einer eigenen Verfügung der des B zuvorkommt z. B. das Grundstück an X veräußert, oder einen anderen zu einer Verfügung bevollmächtigt, und dieser dem B zuvorkommt[3]). Ebensowenig gewährt die unwiderrufliche Vollmacht Schutz gegen den Zugriff der Gläubiger des Eigentümers: durch das in der Be-

1) Ausnahmsweise unzulässig ist eine unwiderrufliche Veräußerungsvollmacht des Eigentümers an den Hypothekar vor Fälligkeit der Forderung; denn § 1149 verbietet, dem Gläubiger das Recht einzuräumen, die Veräußerung des Grundstücks auf andere Weise als im Wege der Zwangsvollstreckung zu bewirken; eine unwiderrufliche Vollmacht würde aber den Effekt eines solchen Rechtes haben. Dagegen scheint mir eine Bevollmächtigung des Gläubigers, soweit sie nicht unwiderruflich ist, zulässig zu sein (Biermann Bem. 2; a. A. Planck Bem. 3); eine widerrufliche Vollmacht kann nicht als „Recht, die Veräußerung zu bewirken" bezeichnet werden.

2) Darum genügt man sich in der Praxis der Parzellierungsgeschäfte nicht mit einer unwiderruflichen Veräußerungsvollmacht, sondern verlangt vom Eigentümer außerdem eine, oft durch Vertragsstrafe gesicherte, obligatorische Verpflichtung, dem Parzellanten Vollmacht zur Veräußerung zu erteilen oder in Ausführung der von ihm geschlossenen Kaufverträge die Auflassung mit den Käufern vorzunehmen.

3) Eine Sicherung der Veräußerungsvollmacht durch Eintrag ins Grundbuch ist unmöglich; eine Vormerkung ist unzulässig, denn der Bevollmächtigte hat keinen Anspruch auf Einräumung eines Rechts (§ 883), sondern die Fähigkeit, Rechte am Grundstück für dritte Personen zu begründen, diese Fähigkeit ist aber kein Anspruch.



schlagnahme enthaltene Veräußerungsverbot [1]) wird bewirkt, daß Verfügungen wie des Eigentümers so auch seines Vertreters den Gläubigern gegenüber unwirksam sind. Durch Konkurs des Eigentümers erlischt zwar die von ihm erteilte Vollmacht nicht immer, denn das ihr zugrundeliegende Verhältnis braucht nicht Auftrag oder Geschäftsbesorgung im Sinn von KO § 23 zu sein, aber eine Verfügung seitens des Bevollmächtigten ist den Konkursgläubigern gegenüber nach KO § 7 ebenso unwirksam, wie eine Verfügung des Gemeinschuldners selbst [2]).

Ebenso verhält es sich bei einer unwiderruflichen Vollmacht zur Verfügnng über dingliche Rechte an Grundstücken z. B. über eine Dienstbarkeit oder eine Buchhypothek. Etwas anders u. zw. ähnlich wie bei Mobilien, wenn es sich um eine Briefhypothek handelt, weil bei Verfügung über solche Hypotheken der Besitz des Briefes in Betracht kommt [3]).

b) Verfügungen über Mobilien.

Eine Verfügung über eine Mobilie des A kann B in verschiedener Weise vornehmen: entweder im Namen des A; dann nennt man die dazu nötige Erlaubnis des A „Vollmacht“; oder im eigenen Namen mit „Einwilligung“ des A, § 182 [4]). Wie die Vollmacht, so kann auch die Einwilligung unwiderruflich sein, § 183, wenn es sich aus dem Rechtsverhältnis zwischen A und B ergibt [5]).

Da die Verfügung über Mobilien durch Übergabe der Sache erfolgt, so ist Vollmacht und Einwilligung für den B nur dann benutzbar, wenn er zugleich den Besitz der Sache von A erhält oder bereits hat [6]). Übergibt A die Sache dem Bevollmächtigten,

---

1) ZVG § 23.

2) Jäger, KO § 7 Anm. 5.

3) vgl. unten b. a. E.

4) Für den Eigentümer führen beide Wege zum selben Resultat: Verlust des Eigentums. Dagegen kann es für den Erwerber einen Unterschied machen, ob B die Sache als Vertreter des Eigentümers oder im eigenen Namen veräußert; im zweiten Fall kommt § 932 zur Anwendung, im ersten Fall hilft dem Erwerber seine bona fides nicht, wenn die Vollmacht des B nicht in Ordnung ist.

5) Vom Gesetz verliehene unwiderrufliche Verfügungsmacht über fremde Mobilien findet sich in § 588, 1048 (Inventar des gepachteten oder in Nießbrauch befindlichen Grundstücks).

6) Ist der Eigentümer selbst nicht im Besitz der Sache, so kann er über sie nur nach § 931 durch Abtretung des Eigentumsanspruchs verfügen; zu Verfügungen auf diesem Wege kann er dem B unwiderrufliche Vollmacht erteilen.

so bleibt er mittelbarer Besitzer u. zw. selbst dann, wenn die Vollmacht unwiderruflich ist[1]). Der unmittelbare Besitz ermöglicht es aber dem B, über die Sache ohne und selbst gegen den Willen des A zu verfügen; ein Widerspruch des A ist bei unwiderruflicher Vollmacht wirkungslos und hindert den Dritten, der von B kauft, nicht am Erwerb des Eigentums; allerdings muß der Dritte prüfen, ob der Ausschluß des Widerrufs der Vollmacht durch das Verhältnis zwischen A und B gerechtfertigt ist.

Auch hier ist zu fragen, ob A imstande ist, die Verfügung des B, die er nicht verbieten kann, durch eigene Verfügung über die Sache zu vereiteln. Veräußerung nach § 929 ist ihm verschlossen, auch kann er die Sache nicht von B zurückverlangen, solange das Rechtsverhältnis besteht, auf Grund dessen B die unwiderrufliche Vollmacht erhalten hat. Aber der Umweg des § 931 steht dem A offen: er kann seinen Eigentumsanspruch gegen B an X abtreten und dadurch den X zum Eigentümer machen. Damit erlischt die Vollmacht des B trotz ihrer Unwiderruflichkeit; denn eine von A verliehene Vollmacht kann zur Verfügung nur über solche Gegenstände ermächtigen, welche noch dem Vermögen des A angehören[2]). Allerdings kann B nach § 986 II dem X die Einwendungen entgegensetzen, welche ihm gegen A zustehen; aber durch diese Vorschrift ist dem B nur der Besitz der Sache für die vertragsmäßige Dauer gesichert, nicht der Fortbestand seiner ihm von A eingeräumten Veräußerungsmacht[3]).

A kann ferner, da er mittelbarer Besitzer der beim Bevollmächtigten befindlichen Sache verbleibt, trotz der unwiderruflichen Vollmacht die Sache einem Dritten nach § 1205 II verpfänden, indem er seinen mittelbaren Besitz auf diesen Dritten durch Abtretung seines Herausgabeanspruchs, § 870, überträgt und dem B

1) denn B ist zum Besitz der Sache auf Zeit (§ 868) berechtigt: wenn er von seiner unwiderruflichen Veräußerungsvollmacht keinen Gebrauch macht, muß er die Sache an A zurückgeben.

2) Veräußert B die Sache, nachdem A das Eigentum auf X übertragen hat, an Y, so kann Y nach § 932 Eigentum erwerben. B haftet dann dem X auf den Kaufpreis resp. Schadenersatz, § 816, 989.

3) hätte z. B. A dem B eine Sache auf ein Jahr vermietet und ihn zugleich unwiderruflich ermächtigt, die Sache zu bestimmten Bedingungen zu veräußern und würde A vor Ablauf des Jahres das Eigentum nach § 931 auf X übertragen, so brauchte B die Sache nach § 986 dem X nicht vor Ablauf des Jahres herauszugeben, dürfte aber die Veräußerung der nunmehr dem X gehörenden Sache nicht mehr vornehmen.

die Verpfändung anzeigt. Durch das Pfandrecht des X wird die dem B unwiderruflich verliehene Veräußerungsbefugnis nicht aufgehoben (denn die Sache steht immer noch im Eigentum des Vollmachtgebers A), wohl aber in soweit beschränkt, als er die Sache nur noch belastet mit dem Pfandrecht des X veräußern darf; verkauft er die Sache unter Verschweigung des Pfandrechts, so daß das Pfandrecht nach § 936 erlischt, so macht er sich dem X aus § 823 haftbar.

Besser, als gegen Verfügungen des Vollmachtgebers, ist der unwiderruflich Bevollmächtigte, solange er die Sache besitzt, gegen Zugriff der Gläubiger des A geschützt. Da die Pfändung der Sache nach CPO § 809 nur mit Zustimmung des B erfolgen kann, sind die Gläubiger des A darauf angewiesen, den Herausgabeanspruch des A zu pfänden (wodurch sie aber, anders als bei der Abtretung dieses Anspruchs nach § 1205, zunächst noch kein Pfandrecht an der Sache erwerben). Gegen den gepfändeten Anspruch hat B alle Einwendungen, die ihm gegen A zustehen; er kann auch die Sache auf Grund seiner Vollmacht pfandfrei veräußern, da sie immer noch im Eigentum des A steht und mit keinem Pfandrecht belastet ist [1]).

Für den Konkurs des A gilt dasselbe, wie bei Immobilien; die Sache gehört zur Konkursmasse; die unwiderrufliche Vollmacht gibt dem B kein Absonderungsrecht; eine Veräußerung durch B wäre nach KO § 7 den Gläubigern gegenüber unwirksam.

Abgesehen vom Ausschluß der Pfändung ist also die Stellung eines zur Veräußerung von Mobilien unwiderruflich Bevollmächtigten de iure ziemlich prekär [2]). Sicherer gestellt ist er nur dann, wenn ihm A statt der Vollmacht fiduciarisches Eigentum oder, falls die Veräußerung zum Zweck der Befriedigung einer Forderung erfolgen soll, Pfandrecht verleiht. Da für solche Geschäfte, so wenig wie für die Vollmacht, eine Form vorgeschrieben ist, so kann es Auslegungsfrage sein, welche Rechtsstellnng des B den

1) Der Gläubiger des A ist darauf angewiesen, die Ansprüche zu pfänden, welche dem A aus dem der unwiderruflichen Vollmacht zugrunde liegenden Rechtsverhältnis zustehen, z. B. auf Herausgabe eines Teiles des Erlöses aus der Veräußerung der Sache.

2) Eine gewisse faktische Sicherheit liegt für ihn in dem Umstand, daß der Vollmachtgeber nicht leicht jemanden finden wird, dem er die in der Hand des B befindliche Sache veräußern oder verpfänden kann. Auch werden sich solche Geschäfte wenn sie in der Absicht vorgenommen sind, die unwiderrufliche Vollmacht des B zu vereiteln, oft als simuliert herausstellen.



Intentionen der Parteien entspricht; wenn z. B. A dem B eine Sache zum Verkauf zwecks Tilgung einer Schuld übergibt und dabei ausgemacht wird, daß A selbst nicht mehr über die Sache verfügen dürfe, so wird man, statt Vollmacht anznnehmen und den Ausschluß der eigenen Verfügung für ungültig zu erklären, der empirischen Absicht der Parteien besser entsprechen, wenn man ihre Verabredung unter die Kategorie der Verpfändung stellt.

Ähnlich wie bei Mobilien verhält es sich mit einer Briefhypothek, zu deren Veräußerung A dem B unwiderrufliche Vollmacht unter Übergabe des Briefes erteilt hat. A kann trotzdem die Hypothek selbst veräußern, durch Abtretung seines Herausgabeanspruchs § 1154 (§ 1117), und auf demselben Wege die Hypothek nach § 1274 verpfänden; dagegen ist eine Pfändung der Hypothek, solange B den Brief besitzt, nicht möglich.[1])

c) Verfügungen über Forderungen.

Über eine Forderung kann verfügt werden durch Veräußerung (Abtretung, Verpfändung etc.) oder durch Einziehung. Die Erlaubnis zur Verfügung über eine fremde Forderung muß in der Regel Vollmacht sein; denn die Verfügung kann nur Namens des Gläubigers, nicht wie bei Mobilien, ohne Nennung des Berechtigten erfolgen [2])

Die Vollmacht kann unwiderruflich sein, wenn zwischen dem Gläubiger A und dem Bevollmächtigten B ein dazu geeignetes Rechtsverhältnis besteht z. B. verabredet ist, daß B das durch Veräußerung oder Einziehung der Forderung gewonnene Geld zur Befriedigung für eine Forderung oder als Darlehen behalten solle.

Bei der Inkassovollmacht kann es zweifelhaft sein, ob sie in unwiderruflicher Weise auch dann erteilt werden kann, wenn die Forderung unabtretbar ist. An sich bildet die Unabtretbarkeit eines Rechtes kein Hindernis für den Rechtsinhaber, sein Recht durch einen anderen ausüben zu lassen. Jedoch ist zu beachten:

1. ein pactum de non cedendo wird oft den Sinn haben, daß der Schuldner sich nur verpflichten wollte, an den Gläubiger

---

1) RG 63, 214.

2) Nur ausnahmsweise kann B über eine Forderung des A verfügen, indem er sich selbst für den Gläubiger ausgibt z. B. in den Fällen der §§ 407, 851. Über Inhaberpapiere vgl. unten S. 80.

persönlich zu leisten. Dann ist nicht nur die Abtretung, sondern auch Inkassovollmacht ausgeschlossen.[1])

2. ist die Cession im Interesse dec Gläubigers verboten, wie z. B. bei den § 850 CPO aufgezählten Forderungen, so ist eine Vollmacht zulässig, kann aber nicht unwiderruflich erteilt werden, weil das Gesetz dem Gläubiger die Leistung der Alimente etc. unter allen Umständen sichern will, selbst wenn er aus Leichtsinn oder Not versucht hat, sich dieser Leistung im voraus zu entäußern; eine unwiderrufliche Vollmacht würde den Gläubiger in dieselbe Lage bringen.

Die Bedeutung einer Inkassovollmacht für den Schuldner ist eine doppelte: aus der Befugnis des Bevollmächtigten, Zahlung für den Gläubiger zu erheben, ergibt sich als Kehrseite für den Schuldner die Möglichkeit, sich durch Leistung an den Bevollmächtigten zu befreien. Aber der Schuldner ist auch, was bisweilen bestritten wird[2]), verpflichtet, an den gehörig legitimierten Vertreter zu zahlen, wenn dadurch der Inhalt der Leistung nicht wesentlich anders wird, als bei Leistung an den Gläubiger selbst[3]).

---

1) Zweifelhaft, ob man bei solchen Forderungen die Pfändung arg. CPO § 851 II zulassen kann; vergl. RG 66, 233; wenn nicht, wäre der Pfändungsgläubiger darauf angewiesen, den Gegenstand der Leistung zu pfänden, sobald er in die Hand des Schuldners gelangt ist.

2) Hellwig, zuletzt im Lehrb. des CivProz. II § 132 N. 16; Lent, Anweisung 55.

3) Tuhr, JheringsJ. 48, 3f; zustimmend Oertmann, Bem 1b vor § 783; vgl. auch RG 31, 166, wo der von Hellwig und Lent bestrittene Satz ausdrücklich ausgesprochen wird. Lent geht soweit, zuzugeben, daß der Schuldner in Verzug kommt, wenn er Leistung an den legitimierten Vertreter des Gläubigers verweigert; trotzdem soll eine Verpflichtung des Schuldners zu dieser Leistung nicht bestehen. Das scheint mir ein offener Widerspruch zu sein; Verzug ist doch nichts anderes, als Nichterfüllung einer Verpflichtung. Wäre der Schuldner wirklich nur zur Leistung an den Gläubiger selbst verpflichtet, so könnte er sich auf § 285 berufen, wenn er z. B. am Zahltage bei einer Bringschuld an der Kasse des Gläubigers statt des Gläubigers selbt einen Prokuristen vorfindet. Und doch wird weder die Anschauung des Verkehrs noch irgend ein Gericht dem Schuldner Recht geben, wenn er daraufhin sein Geld wieder mit sich nimmt oder hinterlegt und nachher behauptet, er habe nicht zahlen brauchen, weil er den Gläubiger nicht angetroffen habe. Natürlich und das habe ich a. a. O. hervorgehoben, besteht für den Schuldner neben der Pflicht, an den ihm vom Gläubiger bezeichneten Vertreter zu leisten, die Befugnis, sich durch Leistung an den Gläubiger selbst zu befreien. (Darum wäre es pluspetitio, wenn der Gläubiger auf Zahlung an seinen Vertreter klagen und damit dem Schuldner die Möglichkeit nehmen wollte, an ihn zu leisten). Der Schuldner kann daher, wenn es ihm gelingt, vor

Diese Verpflichtung besteht natürlich nur gegenüber dem Gläubiger, da der Bevollmächtigte kein eigenes Recht gegen den Schuldner hat, sondern nur das Recht des Gläubigers ausübt. Ist nun die Vollmacht unwiderruflich, so kann der Gläubiger dem Bevollmächtigten die Befugnis nicht entziehen, die Zahlung zu erheben, daher auch nicht dem Schuldner die Möglichkeit nehmen, sich durch Leistung an den Vertreter zu befreien; ein Widerruf des Gläubigers braucht als wirkungslos, weder vom Vertreter noch vom Schuldner beachtet zu werden. Anders verhält es sich mit der Verpflichtung des Schuldners, an den Vertreter zu leisten; da diese Pflicht nur gegenüber dem Gläubiger besteht, so erlischt sie, auch bei unwiderruflicher Vollmacht, durch den Widerruf des Gläubigers; denn wenn der Gläubiger selbst erklärt, Zahlung an den Vertreter nicht mehr zu wollen, kann es für den Schuldner kein Unrecht sein, wenn er diese Leistung unterläßt.

Die Inkassovollmacht kann nach § 167 durch Erklärung an B oder an den Schuldner D erteilt werden; ebenso kann, wie oben S. 57 dargelegt, der Verzicht auf den Widerruf an B oder D erklärt werden. Von der dem Schuldner gegenüber erklärten unwiderruflichen Vollmacht ist scharf zu unterscheiden der äußerlich, aber auch nur äußerlich ähnliche Fall der sog. solutionis causa adiectio. Eine solche liegt vor, wenn der Schuldner durch Verabredung mit dem Gläubiger sich eine Zahlstelle ausbedingt d. h. die verträgsmäßige Befugnis, sich durch Leistung an einen Dritten zu befreien[1]). Befreit wird der Schuldner, und darin liegt die Ähnlichkeit beider Fälle, ob er nun an einen Bevollmächtigten des Gläubigers leistet, oder an die Zahlstelle, wie ich der Kürze halber den soll causa adjectus nennen will. Aber deswegen darf man noch nicht, wie es meist geschieht[2]), die Benennung einer Zahlstelle als einen Fall der Vollmacht auffassen. Man übersieht dabei die wesentlichen Verschiedenheiten, welche im Tat-

dem Zahltag an den Gläubiger selbst zu leisten die Zahlung an den Vertreter vermeiden, und wenn er durch Verweigerung der Leistung an den Vertreter in Verzug geraten ist, diesen Verzug durch Anbieten der Leistung an den Gläubiger tilgen. Aber im kritischen Moment ist er verpflichtet, die Leistung an den Vertreter des Gläubigers vorzunehmen, ebenso wie der Gläubiger eine Leistung nicht zurückweisen darf, weil sie ihm vom Vertreter des Schuldners angeboten wird.

1) vgl. Windscheid § 342, 5b.

2) So insbes. von Hellwig, Vertr. auf Leist. an Dritte 92 (dem ich in meiner Rezension, Krit. VJSchr. 43, 549 zustimmte) und vielen anderen. Vgl. Planck, § 362, 2b.

bestand und in den Rechtsfolgen von Vollmacht und sol. causa adj. bestehen. Die wichtigsten Punkte sind folgende:

1. Die Zahlstelle beruht auf Verabredung zwischen Gläubiger und Schuldner, während die Vollmacht, selbst wenn sie unwiderruflich ist, durch einseitige Erklärung des Gläubigers erteilt wird.

2. Wenn ein Bevollmächtigter das Geld einkassiert, so verfügt er dabei über die Forderung des Gläubigers in dessen Namen d. h. er nimmt das Geld entgegen als eine dem Gläubiger geschuldete Leistung und stellt eine diesem Vorgang entsprechende Quittung aus. Ganz anders verhält sich die Zahlstelle z. B. die Bank, an welche der Schuldner vertragsmäßig zahlen darf: sie nimmt die Zahlung auf Rechnung des Gläubigers entgegen, es braucht ihr gegenüber die Einzahlung nicht als Schuldtilgung bezeichnet zu werden; sie kümmert sich nicht um die zwischen dem Einzahlenden und dem Kontoinhaber bestehende causa der Einzahlung. Wenn diese causa Zahlung einer Schuld ist, so kann man daher in der Tätigkeit der Bank keine Verfügung über die ihr ganz unbekannte Forderung des Gläubigers sehen. Es liegt keine Vertretung des Gläubigers vor. Wenn trotzdem der Schuldner durch Leistung an die Zahlstelle auf Konto des Gläubigers befreit wird, so beruht das nur darauf, daß eine solche Handlungsweise des Schuldners im Vertrag der Erfüllung d. h. der Zahlung an den Gläubiger oder dessen Vertreter gleichgestellt ist[1]). Ebenso könnte z. B. verabredet sein, daß der Schuldner frei werden soll, wenn er die geschuldete Summe als Almosen gibt; auch hier würde man den Bettler nicht als Vertreter des Gläubigers bezeichnen, obgleich die Leistung an ihn für den Schuldner ebenso wirkt, wie die Erfüllung

3. Da die Zahlstelle auf einer Klausel des Schuldvertrages beruht, so gilt die allgemeine Regel des Obligationenrechts, daß alles verabredet werden kann, was nicht gegen Gesetz oder die guten Sitten verstößt. Die Nennung einer Zahlstelle bedarf daher nicht, wie die unwiderrufliche Vollmacht, eines rechtfertigenden Interesses auf seiten des s. c. adjectus; ein solches Interesse wird bei der Bank, die meistens als Zahlstelle fungiert, fast nie vor-

1) Es verhält sich so, wie bei der Anweisung auf Schuld: der Assignatar erhebt das Geld nicht als Vertreter des Gläubigers; es wird ihm nicht solvendi causa gezahlt, sondern nur „auf Rechnung des Anweisenden“. Daß der Zahlende damit eine Schuld gegenüber dem Anweisenden tilgt, liegt außerhalb des Zahlungsgeschäfts im Verhältnis zwischen dem Anweisenden und Angewiesenen.



handen sein. Die Verabredung einer Zahlstelle gilt, wie jede sonstige vom Schuldner ausbedungene facultas alternativa, auch bei veränderten Verhältnissen; nur in extremen Fällen wird sie ex bona fide als unwirksam anzusehen sein [1]).

4. Die vertragsmäßige Befugnis, an die Zahlstelle zu leisten, kann dem Schuldner weder durch Verfügungen des Gläubigers noch durch Zugriff von dessen Gläubigern entzogen werden; sie bleibt, wie der ganze Inhalt des Schuldverhältnisses, unverändert bei Cession und Verpfändung der Forderung [2]), ebenso bei Pfändung und im Konkurs des Gläubigers [3]): denn durch diese Vorgänge kann die Rechtslage des Schuldners nicht zu seinen Ungunsten verschoben werden. [4]) Anders verhält es sich in dieser Beziehung, wie wir gleich sehen werden, mit der, wenn auch unwiderruflichen Vollmacht.

Der Gegensatz zwischen der Zahlstelle und der unwiderruflichen Vollmacht läßt sich folgendermaßen zusammenfassen: daß der Schuldner an die Zahlstelle leisten darf, ist sein vertragsmäßiges Recht [5]); daß die Zahlstelle durch Entgegennahme der Leistung die Befreiung des Schuldners bewirken kann, ist eine Reflexwirkung dieses Rechts des Schuldners. Umgekehrt beruht die Vollmacht nicht auf einer Rechtsbeziehung des Gläubigers zum Schuldner, sondern auf einem einseitigen Rechtsgeschäft, durch welches der Gläubiger dem B eine rechtliche Fähigkeit, die Vertretungsmacht, verleiht. Diese Fähigkeit des B ist der primäre Rechtseffekt der Bevollmächtigung; daß der Schuldner

---

1) Hupka 404; Dernburg II § 134 III.

2) Cession, Verpfändung und Pfändung solcher Forderungen sind daher für den Erwerber resp. Pfandgläubiger nur dann von Wert, wenn ihm zugleich der eventuelle Anspruch des Gläubigers gegen den sol. c. adj., auf Herausgabe der eingezogenen Summe cediert resp. verpfändet wird.

3) Der Schuldner des Gemeinschuldners kann an den sol. c.adj. zahlen; zur Konkursmasse gehört der Anspruch des Gemeinschuldners gegen den sol. c. adj.

4) Nur wenn der Schuldner es zur Klage kommen läßt, verliert er die Befugnis, an den sol. c. adj. zu leisten. Hellwig, Leist. an Dritte S. 121; a. A. Kipp zu Windscheid § 342, 5.

5) Ähnlich wie die sol. c. adj. ist eine Verabredung zwischen Gläubiger und Schuldner zu beurteilen, nach welcher der Schuldner die Befugnis haben soll, einseitige Erlärungen z. B. Kündigung, an einen bestimmten Dritten zu richten; ähnlich auch § 1189 (die Einigung kommt zustande durch die Eintragung und den Erwerb der Hyp. durch den Inhaber des Papiers).

sich durch Leistung an B befreien darf, ist eine Reflexwirkung der Vertretungsmacht des B, nicht ein Recht des Schuldners.

Kehren wir zur Inkassovollmacht zurück und fragen wir uns, wieweit die Stellung des Bevollmächtigten durch Unwiderruflichkeit der Vollmacht gefestigt werden kann, so kommen wir zu einem ähnlichen Resultat, wie bei der unwiderruflichen Vollmacht zu Verfügungen über andere Rechte, als Forderungen: der Bevollmächtigte kann vom Vollmachtgeber an der Einziehung der Forderung nicht gehindert werden; denn ein Widerruf der Vollmacht braucht, als unwirksam, weder vom Bevollmächtigten noch vom Schuldner beachtet zu werden. Aber der vollmachtgebende Gläubiger hat Mittel und Wege, die Inkassovollmacht trotz ihrer Unwiderruflichkeit zu vereiteln; denn die eigene Verfügung über die Forderung ist ihm dadurch, daß er eine Vollmacht erteilt hat, nicht entzogen: er kann insbesondere die Forderung selbst einziehen [1]); denn der Schuldner ist zwar berechtigt und verpflichtet, an den Vertreter des Gläubigars zu zahlen, hat aber daneben stets die Befugnis, sich durch Leistung an den Gläubiger zu befreien. Es hängt also vom Schuldner ab, dem Gläubiger die Vereitelung der Vollmacht durch Einziehung der Forderung zu ermöglichen [2]). Ferner kann der Gläubiger trotz der Inkassovollmacht die Forderung durch Aufrechnung tilgen. Endlich kann er die Forderung an einen Dritten, X, abtreten und damit die Vollmacht des B gegenstandslos machen; denn um über die jetzt dem X zustehende Forderung zu verfügen, bedürfte B einer Vollmacht des X. Erfährt der Schuldner von dieser Cession, so kann er nach § 407 weder an seinen bisherigen Gläubiger leisten noch auch an dessen Vertreter.

Ebenso kann der Gläubiger die Forderung verpfänden. Nun-

---

1) Der Gläubiger ist erst dann ausgeschlossen, wenn der Schuldner dem Vertreter Zahlung geleistet oder ein Zahlungsversprechen gegeben hat; ein solches Versprechen begründet, wenn es an einen Vertreter in rem suam gegeben wird, eine Forderung für den Vertreter, durch welche die Forderung des Gläubigers noviert wird, vgl. Tuhr, JheringsJ. 48, 12.

2) Bisweilen wird es im Interesse des Schuldners liegen, nicht an den Gläubiger, sondern an dessen Vertreter zu zahlen z. B. an den Hypothekar, dem die Mietzinsen des Hauses zur Deckung für die Hypothekenzinsen überwiesen sind; dadurch wird die für den Mieter gefährliche Zwangsvollstreckung vermieden. In einer solchen Interessenlage findet der unwiderruflich Bevollmächtigte eine faktische Sicherheit, die ihm die rechtliche Beschaffenheit einer Vollmacht nicht gewährt.



mehr darf der Schuldner nicht an den Gläubiger leisten, also auch nicht an dessen Vertreter, sondern nur gemeinschaftlich an den Pfandgläubiger und den Gläubiger resp. dessen Vertreter, § 1281; nach der Fälligkeit der pfandgesicherten Forderung nur noch an den Pfandgläubiger, § 1282.

Ein Pfandrecht mit denselben Wirkungen, Ausschluß der Einziehungsbefugnis des Inkassobevollmächtigten, entsteht ferner durch Pfändung seitens eines Gläubigers des Gläubigers; ein Hindernis für diese Pfändung liegt in der Inkassovollmacht nicht.

Im Konkurs des Gläubigers gehört die Forderung immer noch zur Konkursmasse. Der Schuldner kann nach KO § 8 nicht mehr an den Gemeinschuldner mit befreiender Wirkung zahlen; daher auch nicht an dessen Vertreter [1]).

Bisher haben wir vorausgesetzt, daß der Schuldner bereit ist, Zahlung zu leisten. Ist das nicht der Fall und muß daher die Einziehung auf dem Wege der Klage erfolgen, so entsteht die Frage, wer die Klage zu erheben hat, der Gläubiger oder sein Bevollmächtigter. Die Inkassovollmacht kann, aber braucht nicht die Einklagung der Forderung zu umfassen; der Gläubiger kann den B ermächtigen, die Leistung außergerichtlich zu verlangen und sich dabei vorbehalten, den Schuldner, wenn nötig, gerichtlich zu belangen. Erstreckt sich die Vollmacht auf die Erhebung der Klage, so kann B, da er eine Forderung des Vollmachtgebers A geltend macht, nur im Namen des A klagen. Eine Einklagung fremder Rechte im eigenen Namen kennt unser Prozeß nur in gesetzlich bestimmten Fällen [2]), zu denen die Inkassovollmacht nicht gehört. Wenn aber der Inkassobevollmächtigte B als Prozeßvertreter des A auftritt, so muß er seine Vollmacht in den Formen des § 80 ZPO nachweisen können [3]).

Die Prozessvollmacht ist so wenig exklusiv, wie eine Vollmacht zu außergerichtlicher Einziehung einer Forderung; dadurch daß A dem B Prozeßvollmacht erteilt, hat er sich nicht der Möglichkeit beraubt, selbst oder durch einen anderen Prozeßvertreter Klage zu erheben. A kann also seinen Bevollmächtigten B durch eigene Klageerhebung zuvorkommen. Nur wenn B die Klage

1) Jäger, Anm. 1 zu KO § 8.

2) Hellwig, CivProz. II § 122 N. 6.

3) Aus dem obligatorischen Rechtsverhältnis, auf welchem die Unwiderruflichkeit der Vollmacht beruht, wird B meistens von A die Ausstellung einer formgerechten Prozeßvollmacht verlangen können.

bereits erhoben hat, ist der Gläubiger durch die Einrede der Rechtshängigkeit, ZPO § 263, ausgeschlossen. Aber die Prozeßvollmacht des B ist jederzeit widerruflich [1]), selbst dann, wenn sie in Verbindung mit einer unwiderruflichen Inkassovollmacht erteilt ist [2]). Dieser vom Recht der Vertretung bei Rechtsgeschäften abweichende Rechtssatz beruht auf dem Wesen des gerichtlichen Verfahrens und ist aus folgender Erwägung zu erkennen: Niemand kann durch Bevollmächtigung eines anderen sich die Möglichkeit entziehen, sein Recht gerichtlich geltend zu machen; wenn der Bevollmächtigte die Klage bereits erhoben hat, so kann der Vollmachtgeber infolge der Rechtshängigkeit sein Recht nur innerhalb dieses Prozesses verfolgen; im Prozeß muß aber auf Seiten einer Partei ein Wille maßgebend sein und zwar, wenn neben der Partei ein Bevollmächtigter steht, der Wille der Partei [3]). Darum ist BGB § 168 auf die ZPO, nach welcher die Prozeßvollmacht stets für widerruflich gegolten hat, nicht anwendbar [4]). Diese Rechtslage scheint mir noch deutlicher zu sein, wenn man an den Anwaltsprozeß denkt: der vom Inkassobevollmächtigten bestellte Anwalt ist Vertreter nicht des Bevollmächtigten, sondern des Gläubigers; denn er hat Namens des Gläubigers ein diesem zustehende Forderung gerichtlich geltend zu machen. Der Gläubiger kann daher dem Anwalt, als seinen Vertreter, die Vollmacht entziehen, obgleich sie ihm von einem unwiderruflich Bevollmächtigten erteilt ist, weil der Geschäftsherr, für den ein wenn auch unwiderruflich bestellter Vertreter Rechtsverhältnisse begründet hat, nicht gehindert ist, über diese Rechtsverhältnisse zu verfügen [5]).

Hat endlich B auf Grund seiner Prozeßvollmacht die Klage durchgeführt und ein obsiegendes Urteil erzielt, so lautet dieses Urteil auf den Namen des A [6]). Der Bevollmächtigte B kann zwar,

1) Hellwig, CivProz. II § 133 N. 4 und die Komment. zu CPO § 86; a. A., wie es scheint, Seuffert und Petersen-Anger, Bem. 1 zu § 86.

2) A. A. Wieland, ArchCivPr. 95, 207.

3) Auf diesem Gedanken beruht die Vorschrift der CPO § 85, 2.

4) Der Widerruf der Prozeßvollmacht hindert nicht das Fortbestehen der Inkassovollmacht, wenn sie unwiderruflich erteilt ist: der Schuldner kann immer noch mit befreiender Wirkung an B zahlen, und B die Zahlung entgegennehmen, wenn er auch die Klage gegen den Schuldner nicht durchführen kann.

5) So kann z. B. A, wenn für ihn B auf Grund einer unwiderruflichen Vollmacht einen Miet- oder Werkvertrag geschlossen hat, diese Verträge kündigen.

6) Anders im röm. Prozeß: die dem Gläubiger geschuldete Summe wurde im Urteil dem Vertreter zugesprochen; darum konnte sich aus dem mand. in rem suam die Cession entwickeln.

wenn seine Vollmacht soweit geht, einen Gerichtsvollzieher mit der Vornahme der Vollstreckungshandlungen beauftragen; der Gläubiger selbst ist dazu nicht mehr imstande, wenn er die vollstreckbare Ausfertigung an B übergeben hat, denn er bekommt in der Regel keine zweite Ausfertigung[1]. Aber der Auftrag des B an den Gerichtsvollzieher hat zum Inhalt Vollstreckung einer Forderung des A; der Gerichtsvollzieher ist daher verpflichtet, die Anweisungen des A zu befolgen und das gepfändete Geld resp. den Erlös der versteigerten Sachen an A auszuliefern. Allerdings kann die Vollmacht des B soweit gehen, daß er den A auch in dieser Beziehung vertritt, und diese Vollmacht kann unwiderruflich sein. Aber wie der Gläubiger nicht gehindert ist, dem Schuldner gegenüber dieselben Handlungen vorzunehmen, zu denen er den B unwiderruflich bevollmächtigt hat, so kann er sich auch das Geld vom Gerichtsvollzieher auszahlen lassen und damit die an B erteilte Vollmacht vereiteln.

Beachtet man die neben der Vollmacht, auch wenn sie unentziehbar ist, fortbestehende konkurrierende Verfügungsmacht des Gläubigers, sowie die in der Natur des Prozesses liegende absolute Widerruflichkeit der Prozeßvollmacht, so ergibt sich, daß die Stellung des unwiderruflich zur Einziehung einer Forderung Bevollmächtigten lange nicht in dem Maß gesichert ist, wie es auf den ersten Blick erscheinen mag, und den Verfassern des II. Entwurfs vorgeschwebt zu haben scheint. Wenn z. B. die Protokolle[2] eine besondere Sicherung für den Hypothekengläubiger darin erblicken, daß er unwiderruflich ermächtigt wird, die Mietzinsen einzuziehen, so erweist sich bei näherer Betrachtung, daß er dabei vom guten Willen des Mieters abhängt: er kann den Mieter nicht hindern, an den Eigentümer des Grundstücks zu zahlen; er kann den Mieter, der überhaupt nicht zahlen will, nur im Namen des Eigentümers auf Grund einer jederzeit widerruflichen Prozeßvollmacht belangen.

Eine Sicherung des Bevollmächtigten gegen diese Gefahren wäre nur möglich, wenn die eigene Verfügung des Gläubigers über die Forderung ausgeschlossen wäre. Aber dies ist, wie wir gesehen haben mit den Grundsätzen unseres Rechtes unvereinbar. A könnte zwar dem B versprechen, über die Forderung, zu deren

1) CPO § 733.
2) Bd. I S. 144.

Einziehung er ihn ermächtigt, nicht selbst verfügen zu wollen, aber ein solches Versprechen würde ihn nur obligatorisch binden und eventuell zu Schadenersatz verpflichten, ihm aber die Möglichkeit der Verfügung nicht entziehen. Das volle Resultat kann nur dadurch erreicht werden, daß A dem B die Forderung cediert oder ihm ein Pfandrecht an der Forderung bestellt.

Oft wird es zweifelhaft sein, ob eine Verhandlung zwischen A und B als Vollmacht oder als Cession aufzufassen ist. Bei der Formlosigkeit beider Rechtsgeschäfte kann es nicht auf die von den Parteien meist ungenau gebrauchten technischen Ausdrücke ankommen, sondern nur auf das Resultat, das sie im Auge hatten [1]. Wenn nun A dem B erlaubt, die Forderung einzuziehen, und dabei ausdrücklich oder stillschweigend zusagt, er wolle das Geld selbst nicht erheben, so wird dieser Tatbestand, selbst wenn dabei von Vollmacht und Widerrufsverzicht gesprochen wurde, unter den Begriff der Cession zu subsumieren sein, weil die Parteien offenbar beabsichtigen, dem B die alleinige Verfügung über die Forderung zu verschaffen, und dies Resultat nicht auf dem Wege der Vollmacht, sondern nur der Cession erreicht werden kann [2].

Für den Schuldner ist maßgebend, was er von den Vorgängen zwischen A und B erfahren hat: ist ihm eine Vollmacht mitgeteilt worden, ohne daß ihm Umstände bekannt sind, aus denen er entnehmen muß, daß es sich in der Tat um Cession handelt, so kann er nach den Grundsätzen der Vollmacht an B leisten, oder auch an den Gläubiger A. Muß er aus der Mitteilung entnehmen, daß eine Abtretung erfolgt ist, so kann er nur an B zahlen. Ist er über den Sinn der Mitteilung im Zweifel, so kann er, solange ihm kein Widerruf zugeht, mit Sicherheit an B leisten, ob nun dieser Cessionar oder Bevollmächtigter ist.

Ist B Gläubiger des A und wird ihm von A erlaubt, eine Forderung des A zum Zweck seiner Befriedigung einzuziehen, und verspricht A dabei, sich der Verfügung über die Forderung zu enthalten, so wird man in dieser Verabredung eine Verpfändung

---

1) vgl. JheringsJ. 48, 39.

2) allerdings treten dann auch solche Wirkungen der Cession ein, an welche die Parteien nicht gedacht haben z. B. die Möglichkeit der Aufrechnung mit Forderungen des Schuldners gegen den Cessionar; aber solche Nebenwirkungen pflegen überhaupt außerhalb des Gesichtskreises der Parteien zu liegen, können also nicht für die sog. empirische Absicht, nach der sich das Wesen des Rechtsgeschäfts bestimmt, entscheidend sein.

der Forderung sehen, wenn die Anzeige an den Schuldner (§ 1280) erfolgt ist.[1]) Unterbleibt dieselbe oder ist sie so undeutlich gefaßt, daß der Schuldner aus ihr die Bestellung eines Pfandrechts nicht mit Sicherheit entnehmen kann, so ist die Verpfändung nicht zustande gekommen, wohl aber, nach § 140, ein Rechtsgeschäft von minderer Tragweite: eine Einziehungsvollmacht, welche entsprechend den Beziehungen zwischen A und B unwiderruflich ist, aber, wie wir gesehen haben, dem B nicht dieselbe Sicherheit bietet, wie ein Pfandrecht.

d) Verfügung über Wertpapiere.

Ist die Forderung an ein Wertpapier gebunden, so ist dieser Umstand von erheblicher Bedeutung für die Gestaltung der Einziehungsvollmacht, weil der Besitz des Papieres für die Einziehung solcher Forderung unentbehrlich ist.

Betrachten wir zunächst die Inhaberpapiere. Wenn A dem B ein solches Papier zur Einziehung übergibt, so kann und wird oft darin eine (fiduziarische) Übertragung des Eigentums liegen, wodurch B die Forderung erwirbt. Aber A kann sich auch, unter Vorbehalt seines Eigentums damit begnügen, den Besitz des Papiers an B zu übergeben mit der Erlaubnis der Einziehung der Forderung; dann bleibt A Gläubiger der Forderung, zu deren Einkassierung B ermächtigt ist[2]). Diese Ermächtigung kann gemäß dem ihr zugrunde liegenden Rechtsverhältnis zwischen A und B in unwiderruflicher Weise erteilt werden. Dadurch erlangt B eine bedeutend festere Rechtsposition, als bei unwiderruflicher Vollmacht zur Einziehung sonstiger Forderungen; denn er kann, obgleich er nicht der Gläubiger ist, die Leistung im eigenen Namen verlangen[3]); § 793 verpflichtet den Schuldner, an den Inhaber zu leisten, „es sei denn, daß dieser zur Verfügung über die Urkunde nicht berechtigt ist.“ Daß die Berechtigung fehlt, muß der Schuldner beweisen; er muß also auch, wenn ihm ein Widerruf des A zuge-

---

1) Da in unserem Rechtsleben certa verba im Sinn des altrömischen Rechts nicht vorkommen, so wird eine Mitteilung des Gläubigers an seinen Schuldner, daß er seinem Gläubiger B erlaube, die Forderung einzuziehen und sich aus dem Gelde zu befriedigen, dem Erfordernis des § 1280 genügen; das Wort „Verpfändung“ braucht in der Anzeige nicht vorzukommen.

2) Planck, Bem. 2, Oertmann, Bem. 8 vor § 793; RG 63, 405.

3) Übergibt A dem B ein Inhaberpapier mit der Erlaubnis, die Forderung einzuziehen, so ist diese Erlaubnis nicht wie bei anderen Forderungen Vollmacht, sondern Einwilligung im Sinn von § 182; vgl, oben S. 70 Note 2.

gangen ist, beweisen, daß dieser Widerruf wirksam ist. Da der Inhaber als solcher bis zum Beweis der fehlenden Verfügungsberechtigung die Leistung verlangen kann, so kann er die Klage in eigenem Namen erheben [1]; er braucht keine, jederzeit widerrufliche Prozeßvollmacht des A. Der Gläubiger, der das Papier dem B übergeben hat, ist ferner durch § 797 gehindert, die Forderung selbst einzuziehen; der Schuldner braucht ihm ohne Aushändigung des Papiers nicht zu zahlen; würde er es freiwillig tun, so wäre er dem B gegenüber nicht befreit, weil B vermöge der unwiderruflichen Vollmacht immer noch zur Verfügung berechtigt ist und daher nach § 793 die Leistung verlangen kann.

Dem A steht nur ein Weg offen, um die Einkassierung des Papiers durch B zu verhindern: er kann das Papier, obwohl es sich in den Händen des B befindet, nach § 931 an X veräußern; damit erlischt die von A abgeleitete Verfügungsbefugnis des B. Der Schuldner, der von der Veräußerung Kenntnis erhält, braucht nicht mehr an B zu zahlen; ob er an ihn noch zahlen darf, hängt von der Auslegung des § 793 I 2 ab [2]. Aber mit dem Eigentum am Papier erwirbt X noch nicht die Möglichkeit, die Forderung selbst einzuziehen; dazu müßte er das Papier besitzen; wenn er aber das Papier von B vindiziert, kann B die Herausgabe nach § 986 II unter Berufung auf die unwiderrufliche Vollmacht verweigern. Ebenso verhält es sich mit der Verpfändung eines Inhaberpapiers, welches A dem B zum Inkasso übergeben hat. Da der mittelbare Besitz dem A verblieben ist, kann die Verpfändung nach § 1293, 1205 II durch Abtretung des Anspruchs erfolgen, den A gegen B hat. Der Pfandgläubiger X ist nach § 1294 allein und sofort zur Einziehung berechtigt; damit ist die Einziehungsbefugnis des A und daher auch die von ihm abgeleitete Befugnis seines Bevollmächtigten B erloschen [3]. Aber, um die Forderung

1) Er kann auf Leistung an sich, nicht an den Eigentümer des Papiers klagen.

2) Nach herrschender Meinung darf der Schuldner selbst wissentlich an den unberechtigten Inhaber leisten, Planck § 793 Bem. 3c; a. A. Oertmann § 793 Erl. 4, Dernburg II § 149 u. And.

3) Die Schlußworte des § 1294 „der Schuldner kann nur an den Pfandgläubiger leisten“ sind ein m. W. nicht verwertetes Argument gegen die herrschende Meinung (Note 2), daß der Schuldner unter allen Umständen durch Zahlung an den Inhaber befreit werde. Dagegen wird man annehmen müssen, daß der Schuldner, der an den Vorweiser des Inhaberpapiers zahlt, ohne zu wissen, daß das Papier an einen andern verpfändet ist, trotz der apodiktisch lautenden Schlußworte des § 1294 nach § 793 I 2 frei wird.

einziehen zu können, muß der Pfandgläubiger den Besitz des Papiers haben, den ihm B nach § 986 II vorenthalten kann. Es wird sich daher selten jemand finden, welcher Inhaberpapiere auf dem Weg des § 931 zu Eigentum oder Pfand erwirbt.

Gepfändet werden Inhaberpapiere wie bewegliche Sachen nach CPO § 808; wenn sie im Besitz eines zur Herausgabe nicht bereiten Dritten sind, kann nur Pfändung des Herausgabeanspruchs erfolgen. Ein unwiderruflich Bevollmächtigter braucht aber das Papier an den Pfändungsgläubiger nicht eher herauszugeben, als bis er dem Eigentümer dazu verpflichtet ist; bis dahin ist er verfügungsberechtigt (da das Pfändungspfandrecht zwar an dem Herausgabeanspruch, nicht aber am Papier selbst besteht) und kann daher die Forderung einziehen.

Im Konkurs des A erlischt mit seiner Verfügungsbefugnis auch die seines Bevollmächtigten, selbst wenn die Vollmacht unwiderruflich erteilt ist. Der Schuldner wird durch Zahlung an den B nach KO § 8 nur dann frei, wenn er in Unkenntnis des Konkurses zahlt[1]).

Etwas anders verhält es sich bei Übergabe eines Wechsels zum Inkasso, weil zur Übergabe des Papiers das Indossament hinzutreten muß. Wird das Indossament ohne beschränkten Zusatz, als Vollindossament gegeben, so wird damit die Forderung übertragen, eventuell in fiduziarischer Absicht. Dagegen ergibt sich aus dem Prokuraindossament mit voller Deutlichkeit, daß B die Wechselforderung des A nicht erwerben, sondern für den A einziehen soll und zwar nicht als Gläubiger, sondern als Stellvertreter des Gläubigers[2]).

Diese Vollmacht kann auf Grund des Rechtsverhältnisses zwischen A und B unwiderrufllich sein. Kommt es zur Klage gegen den Wechselschuldner, so ist die Rechtslage des Prokuraindossatars insofern bequemer als die eines gewöhniichen Inkasso-

---

1) A. A. Jäger, KO § 8 Anm. 21: der Schuldner aus einem Inhaberpapier soll auch bei Kenntnis der Konkurseröffnung an den Gemeinschuldner zahlen dürfen. Das scheint mir zu weit zu gehen, insbesondere wenn man erwägt, daß der Schuldner ein ihm bekanntes Veräußerungsverbot, KO § 106 beachten muß, Jäger, KO § 106 Anm. 8. Soll die an Stelle des Veräußerungsverbots tretende Konkurseröffnung weniger wirksam sein, als das provisorische Veräußerungsverbot?

2) Darum muß der Schuldner einen zu seiner Kenntnis gekommenen Widerruf beachten, obgleich der Prokuraindossatar durch das Indossament äußerlich legitimiert ist, Grünhut, Wechselrecht § 97 S. 191; Staub, WO Art. 17, § 3.

bevollmächtigten, als seine Vollmacht durch das Indossament gegeben ist und nicht in den Formen von CPO § 80 nachgewiesen zu werden braucht. Aber die Klage wird nach herrschender, wenn auch nicht unbestrittener Ansicht im Namen des Indossanten A erhoben.[1]) Daraus ergibt sich, daß A als Prozeßpartei die Verfügung über den Prozeß hat, also z. B. an Stelle des vom Prokuraindossatar bestellten Anwalts einen anderen ernennen, die Klage zurücknehmen kann etc. Das muß auch dann gelten, wenn das Prokuraindossament in unwiderruflicher Weise erteilt ist. Dagegen kommt die Unwiderruflichkeit insofern zur Geltung, als A dem Schuldner nicht untersagen kann, an den Indossatar zu zahlen. Auch kann er selbst die Forderung nicht einziehen, solange er den Wechsel nicht besitzt: denn der Schuldner ist nur gegen Aushändigung des Wechsels zur Leistung verpflichtet, WO Art. 39[2]). Abtretung und Verpfändung der Forderung, wie sie beim Inhaberpapier nach § 931 vorkommen kann, ist dadurch ausgeschlossen, daß in beiden Fällen ein Indossament nötig ist, (WO Art. 9 BGB § 1292), welches A ohne Besitz des Papieres nicht herstellen kann. Ebenso ist die Pfändung des Wechsels, CPO § 831, unmöglich, wenn der Prokuraindossatar zur Herausgabe des Wechsels an den Gerichtsvollzieher nicht bereit ist. Ist der Indossant im Konkurs, so darf der Schuldner weder an ihn noch an seinen Vertreter zahlen, also auch nicht an einen Prokuraindossatar mit unwiderruflicher Vollmacht[3]).

4. Vollmacht zur Ausübung dinglicher Ansprüche.

Zum Schluß muß noch ein Gebiet besprochen werden, auf dem die unwiderrufliche Vollmacht eine bedeutende Rolle spielt: ich meine die Vollmacht zur Ausübung dinglicher Ansprüche. Ich betrachte zunächst den Berichtigungsanspruch, sodann die Vindikation.

A kann dem B Vollmacht geben, eine Berichtigung für sein, des A, Grundstück vom Berichtigungsgegner X zu verlangen und, wenn nötig, Klage darauf zu erheben. Die Veranlassung zu dieser

1) Dernburg, Bürg, Recht II § 144 III5; Staub und Grünhut a. a. O.; a. A. Hellwig, CivProz. § 112 N. 48; Gaupp-Stein, CPO N. II § 50.

2) Riskiert es der Schuldner an den Eigentümer des Wechsels zu zahlen, der sich in den Händen des Prokuraindossatars befindet, so wird er frei; denn der Prokuraindossatar hat kein eigenes Forderungsrecht.

3) Jäger, KO § 8 Bem. 1 und 5.

Vollmacht kann in einem Rechtsverhältnis zwischen A und B liegen, aus welchem sich die Unwiderruflichkeit der Vollmacht rechtfertigt; z. B. der Verkäufer B ist dem Käufer A verpflichtet, eingetragene, aber nicht bestehende Rechte zur Lösung zu bringen, § 435. Der Berichtigungsanspruch steht aber, wenn die Auflassung bereits erfolgt ist, dem jetzigen Eigentümer A zu, nicht mehr dem Verkäufer B[1]). Wenn nun A dem B Vollmacht gibt, um ihm dadurch die Erfüllung seiner Pflicht zu ermöglichen[2]), so kann die Vollmacht, weil B ein Interesse hat, sich von seiner Verpflichtung zu befreien, unwiderruflich sein. Oder: B hat gegen den Eigentümer A einen Anspruch auf Eintragung eines Rechtes; aber A ist selbst noch nicht eingetragen: wenn nun A den B bevollmächtigt, seine Eintragung als Eigentümer auf dem Weg der Berichtigung zu bewirken, so kann die Vollmacht, weil B an dem Resultat interessiert ist, unwiderruflich erteilt werden. Ist das der Fall und entspricht die Vollmacht den formalen Erfordernissen der Grundbuchordnung, so kann A den B nicht hindern, die Berichtigung durchzuführen. Nur durch Veräußerung des Grundstücks könnte A seinen Berichtigungsanspruch zerstören und damit die an B erteilte Vollmacht gegenstandslos machen.

Vielfach wird in solchen Fällen statt von einer Vollmacht von einer Abtretung des Berichtigungsanspruchs gesprochen[3]). Aber der Berichtigungsanspruch kann m. Er. überhaupt nicht vom Eigentum getrennt, insbesondere nicht abgetreten werden. Was als Abtretung bezeichnet wird, kann juristisch nur als Vollmacht, ev. als unwiderrufliche Vollmacht charakterisiert werden. Bedenken gegen die Zulässigkeit der Cession ergeben sich schon aus § 399[4]):

---

1) Planck § 894 Bem. III; Endemann II § 63 N. 17.

2) RG 53, 410, 64, 166 nimmt an, daß diese Vollmacht in dem Vertrag enthalten ist, durch welchen B verpflichtet ist, die Berichtigung für das Grundstück des A durchzuführen; vgl. Dernburg III § 49 N. 6.

3) Für die Abtretbarkeit des Berichtigungsspruchs die meisten Autoren, z. B. Planck § 894 III, 2; Biermann § 894, 2g; Dernburg III § 49 N. 9; Crome § 363 Nr. 6. Vorsichtiger Gierke, Sachsenrecht § 119 N. 191 (Übertragbarkeit der Ausübung nach). Gegen die Übertragbarkeit Kretzschmar, Sachenrecht, § 899 V 5 und Endemann II § 63 N. 15. Das RG 53, 410; 62, 322; 64, 166 nimmt eine Mittelstellung ein, indem es dem Inhaber des Berichtigungsanspruchs erlaubt, die Ausübung dieses Auspruchs einen anderen im eigenen Namen zu überlassen. Ob das Cession oder Vollmacht sein soll, ist aus den Entscheidungen nicht zu ersehen. Gegen das RG, mit Recht, Hellwig Civ.Proc. II § 122 N. 6.

4) vgl. Planck, a. a. O.

Forderungen, daher auch dingliche Ansprüche, sind unabtretbar, wenn die Leistung an einen anderen als an den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung des Inhalts erfolgen kann. Aber dieses Bedenken ist nicht das entscheidende; denn mit Recht wird angenommen, daß der sog. Cessionar des Berichtigungsanspruchs nicht seine eigene Eintragung, sondern stets nur die Eintragung des Cedenten verlangen kann, so daß also der Inhalt des Anspruchs bei solchen Cessionen keine Veränderung erleidet. Eine Cession mit der Wirkung, daß der Cessionar nur Leistung an den Cedenten verlangen kann, ist zwar sehr ungewöhnlich, aber mit dem Wortlaut, vielleicht auch mit dem Sinn des § 399 vereinbar [1]). Wichtiger ist Folgendes: der Berichtigungsgegner X bleibt trotz der „Cession" des Berichtigungsanspruchs an B befugt, die Berichtigung gegenüber dem Cedenten vorzunehmen, indem er ihm die dazu nötige Eintrags- resp. Löschungsbewilligung erteilt. Eine auf diesem Weg erfolgte Berichtigung kann nicht deswegen angefochten oder rückgängig gemacht werden, weil sie ohne Beteiligung des „Cessionars" stattgefunden hat. Bei der echten Cession gilt nach § 407 das Gegenteil: der Schuldner wird durch Leistung an den Cessionar nicht befreit, es sei denn, daß er von der Abtretung keine Kenntnis hatte. Endlich ist ausschlaggebend gegen die Annahme einer Cession der Umstand, daß bei einer wirklichen Cession der Eigentümer A selbst die Befugnis verlieren müßte, Berichtigung zu verlangen resp. darauf zu klagen. Das wäre aber ein unerträglicher Zustand, den das Gesetz gewiß nicht herbeizuführen gestattet: Wenn der Berichtigungsgegner X sich gegen die Berichtigung sträubt, würde es ganz in der Hand des B liegen, durch Nichterhebung des ihm abgetretenen Anspruchs die Unrichtigkeit des Grundbuchs fortbestehen zu lassen; man müßte sogar, bei strenger Anwendung der Cessionsgrundsätze es für möglich halten, daß B den Berichtigungsanspruch durch Vertrag mit X aufhebt und damit die Unrichtigkeit des Grundbuchs perpetuiert. A wäre dann darauf angewieseu, den B durch obligatorische Ansprüche znr Ausübung des abgetretenen Berichtigungsanspruchs zu zwingen, aber das würde zu großen Weiterungen führen, ev. bei Unauffindbarkeit oder Unbelangbarkeit des B erfolglos bleiben. Eine solche Schutzlosigkeit des

1) Da das Gesetz, § 328, die Begründung von Forderungen auf Leistung an Dritte zuläßt, so kann ein solches Rechtsverhältnis auch durch Cession hergestellt werden.

Eigentums gegen falsche Einträge scheint mir dem Zweck der Grundbucheinrichtung und dem Sinn des Gesetzes zu widersprechen[1]).

Wenn aber aus den dargelegten Gründen eine Abtretung des Berichtigungsanspruchs sich als unmöglich erweist, so bleibt, wenn A den B in die Lage bringen will, eine Berichtigung für sein, des A, Grundstück zu erwirken, nur der Weg der Vollmacht übrig. Damit ist aber auch, wenn die Vollmacht unwiderruflich erteilt wird, jedem berechtigten Interesse des B vollauf genügt. Ein Bedürfnis nach Cession (mit der Wirkung, daß A die Berichtigung nicht selbst bewirken könnte) kann bei B vernünftigerweise nicht bestehen; denn wenn der Eigentümer die Berichtigung selbst durchführt, ist zugleich das Resultat erreicht, auf das es dem B ankommt; in den oben angeführten Beispielen ist B von seiner Verpflichtung aus § 435 befreit, oder es ist nunmehr die Grundlage für seine eigene Eintragung hergestellt.

Das Motiv, welches in Theorie und Praxis mehr oder minder bewußt zur Annahme der Abtretbarkeit des Berichtigungsanspruchs drängt, liegt auch nicht auf dem Gebiet des BGB, wohl aber in der Lehre der Zwangsvollstreckung. Der Berichtigungsanspruch des A muß dem Zugriff seiner Gläubiger unterliegen, vor allem wenn es sich um Vollstreckung einer Geldforderung gegen A handelt; denn solange A selbst nicht eingetragen ist, kann sein Gläubiger keine Zwangshypothek am Grundstück erwerben; der Gläubiger muß daher in der Lage sein, die Eintragung des A auch ohne dessen Willen vornehmen zu lassen[2]) und, wenn dazu eine Klage gegen den Berichtigungsgegner nötig ist, diese Klage anzustellen; das kann aber nur geschehen durch Pfändung und Überweisung des Berichtigungsanspruchs an den Gläubiger des A. Nun ist aber nach CPO § 851 I eine Forderung nur dann pfändbar, wenn sie übertragen werden kann. Um nun die Pfändungsmöglichkeit zu konstruieren, setzt man sich oft über die oben dargelegten Bedenken und Widersprüche hinweg und erklärt den Berichtigungsanspruch für cessibel[3]). Das scheint mir

---

1) Daß das Gesetz einen Zustand nicht duldet, in welchem die Berichtigung ausgeschlossen wären, zeigt sich an der Unverjährbarkeit des Berichtigungsanspruchs § 898.

2) Darum gibt GBO § 14 dem Gläubiger des A das Recht, die berichtigende Eintragung des A zu beantragen.

3) so die Argumentation von Planck a. a. O.

ein methodischer Fehler zu sein: wenn unsere prozessualen Rechtssätze Mängel oder Lücken aufweisen, so darf man deswegen nicht Verwirrung in das materielle Reeht hineintragen, sondern sollte die Abhilfe da suchen, wo der Mangel liegt. Nun ist es zweifellos, daß für den Gläubiger des A, der auf ein in Wirklichkeit dem A zustehendes Grundbuchrecht greifen will, die Unrichtigkeit des Grundbuchs kein unüberwindliches Hindernis sein darf. Am einfachsten wäre ihm geholfen, wenn er den Berichtigungsanspruch auf dem Wege der Pfändung und Überweisung ausüben könnte. Dem steht der allgemeine Grundsatz CPO § 851 I entgegen; aber dieser Grundsatz ist kein Axiom; das Gesetz selbst macht in § 851 II eine Ausnahme, indem es die Pfändung solcher Forderungen zuläßt, welche nach BGB § 399 unübertragbar sind, soweit der geschuldete Gegenstand der Pfändung unterworfen ist. Ähnlich liegt es in unserem Fall: der Berichtigungsanspruch ist unübertragbar, aber das Recht am Grundstück, zu dessen formeller Klarstellung und Sicherung dieser Anspruch dient, ist dem Zugriff der Gläubiger unterworfen. Allerdings kann man das Eigentum am Grundstück nicht als den im Berichtigungsanspruch „geschuldeten Gegenstand" bezeichnen und § 851 II unmittelbar anwenden; aber analoge Ausdehnung dieser Vorschrift scheint mir durch die Gleichheit der ratio geboten zu sein[1]): wie der Schuldner durch Ausübung einer Forderung des § 399 BGB einen Gegenstand erwirbt, der damit dem Zugriff der Gläubiger verfällt, so verschafft der Berichtiungsanspruch dem Schuldner die formelle Zugehörigkeit des Grundstücks und ermöglicht zugleich den Zugriff seiner Gläubiger[2]).

---

1) so auch Kretzschmar a. a. O.

2) Eine ähnliche Schwierigkeit liegt dann vor, wenn B gegen den nichteingetragenen Eigentümer A nicht einen Geldanspruch hat, sondern einen obligatorischen Anspruch auf Erwerb eines Grundbuchrechts oder einen Berichtigungsanspruch, dessen Durchführung von der vorherigen Eintragung des A abhängt. B kann von A verlangen, daß A sich eintragen läßt, (sei es aus dem obligatorischen Verhältnis, sei es aus § 895). Ist A dazu verurteilt, so kann B nach GBO § 14 die Eintragung des A beantragen. Wie nun aber, wenn ein Widerstand des an Stelle des A eingetragenen X zu überwinden ist? Wie kann B den A zur Erhebung seines Berichtigungsanspruches gegen X zwingen? In der Verurteilung des A, sich eintragen zu lassen, liegt wohl auch die Verpflichtung, das dazu Nötige zu tun d. h. die Berichtigungsklage gegen X zu erheben. Aber die Erzwingung dieser Verpflichtung könnte nur nach CPO § 888 erfolgen, also ohne durchschlagenden Effekt. Gründlich geholfen wäre dem B nur dann, wenn er



Dieselben Gründe aus denen der Berichtigungsanspruch unabtretbar ist, sprechen m. Er. auch gegendie Abtretbarkeit der rei vindicatio. Hier kann ich mich gegen die herrschende Meinung, welche den Eigentumsanspruch für selbstverständlich cessibel hält[1]), auf den Vorgang von Sohm[2]) berufen. Der Anspruch ist ein dem Schutz des Eigentums dienende und vom Eigentum unabtrennbare Befugnis;[3]) der Eigentümer hat nicht die Möglichkeit, durch Weggabe des Anspruchs

---

den Berichtigunsanspruch des A selbst durchführen dürfte. Die Resultate sucht auch die Praxis zu erreichen (vgl. Turnau-Förster § 894 Nr. 11), aber, wie mir scheint, auf unrichtigen Wegen: man gibt dem B eine Klage nach CPO § 256 gegen X auf Feststellung, daß nicht X sondern A Eigentümer ist; aber Feststellungsklage inbezug auf fremde Rechtsverhältnisse dürfte unzulässig sein (Hellwig CProz. § 58 III2). Oder es wird gelehrt, B könne sich den Berichtigungsanspruch des A überweisen lassen. Die Überweisung wird im Anschluß an die Motive zum Entw. einer GBO § 45 gestützt auf CPO § 846. Dieser Paragraph handelt aber von Vollstreckung einer Geldforderung, während in unseren Fällen A nicht zu einer Geldzahlung verurteilt ist, sondern zur Bewirkung seiner eigenen Eintragung. Aber auch hier wäre die Überweisung des Berechtigungsanspruchs an B der einzig vernünftige Weg der Vollstreckung. Daher sehe ich kein Bedenken, in Ermangelung einer direkten Vorschrift des Gesetzes mit analoger Anwendung zu helfen, welche bei der kasuitischen Fassung des Vollstreckungsrechtes zwar vorsichtiger, als auf anderen Gebieten zu handhaben ist, aber nicht ganz ausgeschlossen werden kann. Der unseren Fällen nächstliegende Rechtssatz scheint mir CPO § 886 zu sein: Schuldner ist zur Herausgabe einer Sache verurteilt und kann sie nicht herausgeben, weil sie sich bei einem Dritten befindet; dem Schuldner wird infolge dessen der Anspruch des Schuldners gegen den Dritten überwiesen. Wie hier der Besitz eines Dritten, so bildet in unseren Fällen das Eingetragensein des X das Hindernis, welches der Realisierung des Rechts des Vollstreckungsgläubigers entgegensteht. Dieses Hindernis könnte beseitigt werden durch einen Anspruch, der dem Schuldner gegen den Dritten zusteht. Dieser Anspruch wird in § 886 und sollte entsprechend auch in unseren Fällen dem Gläubiger überwiesen werden, gewissermaßen als Surrogat der Befriedigung, welche er beim Schuldner unmittelbar nicht vorfindet.

1) vgl. die Lehrbücher und Komm. zu § 985.

2) Gegenstand S. 30 und Enneccerus I § 204 I2; Rehbein N. 7 zu § 398 fg. S. 383.

3) Hellwig, CivProz. § 31 bei N. 25 sagt mit vollem Recht, daß der dingliche Anspruch dem Berechtigten „als solchem" zusteht und auf den Rechtsnachfolger übergeht u. zw. notwendigerweise, nicht nur im Zweifel (CivProz. § 122 N. 6). Daraus ergibt sich schon, wie mir scheint, die Unmöglichkeit einer Abtretung der Vindikation, welche aber Hellwig § 31 N. 26 als selbstverständlich zulässig voraussetzt.

sein Recht zu einem schutzlosen zu degradieren[1]). Was man Cession der Vindikation zu nennen pflegt, ist nichts anderes, als Bevollmächtigung zur Ausübung der Vindikation[2]); der Bevollmächtigte B kann die Sache Namens des Eigentümers A vom Besitzer X herausverlangen, eventuell auf gerichtlichem Wege. Diese Vollmacht kann dem B wie jede andere, in rem suam erteilt sein (wenn z. B. verabredet ist, daß B die Sache zur Miete behalten solle) und ist dann nach § 168 unwiderruflich. Aber es bleibt eine Vollmacht: was B von X verlangt oder gegen ihn einklagt, ist Durchsetzung des Rechts des Eigentümers A.

Nur in einem wichtigen Fall verhält sich die Sache anders: wenn der dingliche Anspruch auf Herausgabe einer Mobilie dem B in der Absicht der Eigentumsübertragung überlassen wird, so ist damit nach § 931 das Eigentum auf B übergegangen. Damit ist der Anspruch, der bisher dem A zustand, zu einem Anspruch des B geworden; es gilt das Recht nicht der Vollmacht, sondern der Cession.

In allen übrigen Fällen (abgetreten wird die Vindikation eines Grundstücks oder die Vindikation einer Mobilie, aber nicht zum Zweck der Eigentumsverschaffung) entsteht ein Rechtsverhältnis, das unter die Regeln nicht der Cession, sondern der Vollmacht paßt:

1. der Besitzer X kann, wie allgemein zugegeben wird, die Sache trotz der sogenannten Cession der Vindikation an den Eigentümer ausliefern[3]), was er als debitor cessus nach § 407 nicht dürfte.

2. der Eigentümer A kann die Sache vom Besitzer X herausverlangen, obgleich er die Vindikation „cediert“ hat. Das wird vielleicht nicht unbestritten bleiben, aber man vergegenwärtige sich die Situation: die Sache des A befindet sich im Besitz des X; da A seines Rechtes sicher ist, vermietet er die Sache an B und überläßt es ihm, die Sache bei X abzuholen, nötigenfalls Klage an-

---

1) Dasselbe gilt, in etwas anderer Weise, vom obligatorischen Anspruch: er kann ebenfalls nicht durch Abtretung von der Forderung abgelöst werden; denn mit der Abtretung des Anspruchs ist auch die Forderung übergegangen.

2) Die cessio vindicationis des römischen Rechts ist für uns nicht maßgebend; war doch die Cession bei den Römern ein Entwicklungsprodukt der Vollmacht (mand. agendi), während erst im modernen Recht die Abtretung zu einem klaren Begriff und Gegenstück der Vollmacht geworden ist.

3) vgl. z. B. Biermann Bem. 1, Planck Bem. 3 zu § 985.



zustellen. Nach herrschender Meinung hat A dem B die Vindikation abgetreten. Nun kann es vorkommen, daß sich B um die Sache nicht kümmert. Soll dann der Eigentümer, um die Sache von X herausverlangen zu dürfen, erst durchsetzen müssen, daß ihm B die Vindikation zurückcediert? Würde man dem X, wenn A gegen ihn vorgeht, erlauben einzuwenden, daß A die Sache an B vermietet hatte, der doch an der Sache weder unmittelbaren noch mittelbaren Besitz erlangt hat? Ist es nicht sachgemäßer, anzunehmen, daß A in solchen Fällen dem B zwar die Möglichkeit verschafft, die Sache von X zu bekommen, aber ohne sich selbst dieser Möglichkeit zu berauben, daß er also nicht Cession des Eigentumsanspruchs vornimmt, sondern Vollmacht erteilt?

Ganz anders gestaltet sich natürlich das Rechtsverhältnis, wenn es sich statt oder neben der Vindikation um einen obligatorischen Anspruch handelt, wenn z. B. A die Sache, die er dem X geliehen hatte, an B vermietet und ihm zu diesem Zweck seinen Anspruch gegen X abtritt. Was hier abgetreten wird, ist nicht die rei vind., sondern die a. commodati, auf welche als auf einen obligatorischen Anspruch, die Regeln der Cession zur vollen Anwendung kommen: X darf nach Kenntnis der Abtretung die Sache nicht mehr an A herausgeben; A hat keinen Anspruch mehr gegen X, wenigstens nicht aus dem Commodat; als Eigentümer könnte er zwar trotz der Cession der a. commod. immer noch vindizieren, aber der Beklagte X könnte sich der Herausgabe der Sache durch laudatio auctoris, CPO § 76, entziehen; denn der Mieter B ist durch Abtretung der a. commodati an ihn nach § 870 mittelbarer Besitzer geworden.

Wie beim Berichtigungsanspruch, so könnte auch hier eingewendet werden, daß die Abtretbarkeit der Vindikation notwendige konstruktive Voraussetzung für die unentbehrliche und in CPO § 846f, vorgesehene Pfändung des Eigentumsanspruchs ist. Aber auch hier muß m. Er. die Abhülfe auf dem Gebiet der Vollstreckung gesucht werden und findet sich ebenfalls in einer entsprechenden Anwendung von § 851 II CPO, und zwar noch leichter, als bei der Pfändung des Berichtigungsanspruchs, weil bei der Vindikation der „geschuldete Gegenstand“ eine Sache ist, welche der Pfändung unterworfen ist. Gerade in der Pfändungslehre zeigt sich m. Er. am deutlichsten, daß die sog. „Cession“ der Vindikation, abgesehen von den Fällen des § 931 BGB, nicht Abtretung, sondern nur Vollmacht sein kann. Betrachten wir wieder den oben dargelegten Fall: die Sache des A befindet sich im Besitze des X;

A vermietet die Sache an B und überläßt ihm, sich die Sache von X herausgeben zu lassen. Ein Gläubiger des A will die Sache pfänden, sieht sich aber daran gehindert, weil X zur Herausgabe nicht bereit ist (§ 899 CPO). Wenn nun die Vindicatio des A wirklich an B cediert wäre, könnte der Gläubiger auch diesen, dem A nicht mehr zustehenden Anspruch nicht pfänden; er hätte also keine Möglichkeit, aus der immer noch dem A gehörenden Sache Befriedigung zu suchen [1]). An Stelle dieses irrationellen Resultates bekommen wir eine völlig angemessene Situation, wenn wir annehmen, daß A seinen Eigentumsanspruch nicht abgetreten, sondern dem B Vollmacht erteilt hat: der Gläubiger des A ist durch die Vollmacht, auch wenn sie unwiderruflich ist, nicht gehindert, den immer noch dem A zustehenden Eigentumsanspruch gegen X zu pfänden und sich überweisen zu lassen [2]).

Ähnlich gestaltet sich die Lage, wenn A, nachdem er dem B erlaubt hat, seine im Besitz des X befindliche Sache von X zu verlangen, in Konkurs verfällt. Die Sache gehört, selbst wenn man Cession der Vindikation annimmt, immer noch zum Vermögen, daher zur Konkursmasse des A; ein Aussonderungsrecht hat B infolge des ihm abgetretenen Anspruchs nicht [3]). Aber mit welchem Rechtsmittel soll der Konkursverwalter, wenn A wirklich seinen Eigentumsanspruch weggegeben hätte, die Sache von X herausverlangen? Oder muß er sich erst dazu den an B abgetretenen Anspruch zurückverschaffen? und mit welchem Rechte könnte er das von B verlangen? Diese Komplikationen existieren nicht, wenn man die sog. Cession des Eigentumsanspruchs als Vollmacht

1) Dagegen könnte, wenn man wirkliche Cession des Eigentumsanspruchs annimmt, ein Gläubiger des B diesen, jetzt dem B gehörenden Anspruch pfänden, aber, und darin zeigt sich das Fehlerhafte der Konstruktion, ohne jeden materiellen Erfolg: denn wenn er sich den Anspruch überweisen läßt und die Sache von X bekommt, entsteht für ihn kein Pfandrecht an der Sache, da sie noch immer zum Vermögen des A gehört. Das Resultat der herrschenden Meinung ist alo folgendes: wenn die Sache des A sich bei X befindet, und A die Vindikation an B cediert hat, so ist die Sache der Zwangsvollstreckung entrückt; denn der Gläubiger des A, der die Sache verwerten könnte, kann sie nicht bekommen, und der Gläubiger des B, der sie bekommen kann, könnte sie nicht verwerten.

2) Daß der Mieter B dabei zu kurz kommt, entspricht der Schwäche seines bloß obligatorischen Rechts: solange der Mieter den Besitz der Sache nicht erlangt hat, muß er bekanntlich dem zur Pfändung schreitenden Gläubiger des Vermieters weichen.

3) Planck § 985 Bem. 3.

event. in rem suam des Bevollmächtigten auffaßt: der Konkursverwalter kann die dem Gemeinschuldner verbliebene Vindikation gegen X ausüben.

5. Blankogeschäfte.

Ein ähnliches Rechtsverhältnis, wie bei der unwiderruflichen Vollmacht kann durch Unterzeichnung und Aushändigung einer in blanco ausgestellten Urkunde entstehen. Nach herrschender Meinung kann eine schriftliche Willenserklärung so abgegeben werden, daß A seine Unterschrift unter einen unvollständigen Text setzt und das Schriftstück an B übergibt mit der Erlaubnis, die Urkunde auszufüllen[1]); insbesondere kann der Name des Berechtigten in blanco gelassen sein; dann hat B die Befugnis, den Namen eines Dritten in die Lücke einzusetzen und die Urkunde dem Dritten zu übergeben. In dieser Weise kann ausgestellt werden: eine Schuldurkunde des § 780, ein Wechselakzept, eine Bürgschaftsurkunde, eine Cessionsurkunde etc. Mit der Aushändigung des in blanco unterschriebenen Papiers hat A sich noch nicht zum Schuldner gemacht resp. seine Forderung noch nicht abgetreten[2]). Diese Wirkungen können erst infolge der Handlungen des B eintreten. Darum liegt es nahe, in ungenauem Sprachgebrauch von einer Vollmacht des A zu sprechen, kraft deren B den A zum Schuldner machen resp. eine Forderung des A übertragen könne[3]). In der Tat handelt aber in diesen Fällen B nicht als Vertreter des A, seine Befugnis kann daher nicht unter den Begriff der Vollmacht subsumiert werden. Allerdings hat die Handlung des B, wie die eines Vertreters, Wirkungen im Vermögen des A, aber das ist kein untrügliches Zeichen der Vertretung; denn man kann Willenserklärungen mit Wirkung für ein fremdes Vermögen abgeben, ohne Vertreter zu sein, so ist z. B.

---

1) vgl. z. B. Dernburg, Bürg. Recht I § 136 III. Selbst der gesetzlichen Schriftform soll nach herrschender Lehre auf diese Weise genügt werden können; dagegen Riezler, ArchCivPr. 95, 357. Gegen die Zulässigkeit einer Hypothekencession in blanco neuerdings das RG 63, 230 (in welcher Entsch., wie mir scheint, nicht deutlich genug auseinander gehalten werden die Fragen: ob die Blankocession überhaupt wirksam ist, und in welchem Moment, Unterschrift oder Ausfüllung die Wirkung eintritt).

2) Anders beim Blankoindossament, welches nach WO Art. 12 auch in unausgefülltem Zustand zur Übertragung des Wechsels genügt.

3) vgl. z. B. Oertmann, Bem. 8 vor § 398; Cosack, Handelsrecht § 57 17; Endemann, Bürg. Recht I § 81 N. 36.

der Kontrahent oder der Dritte, der nach § 315; 317 die von X geschuldete Leistung bestimmt, deswegen noch kein Vertreter des X. Bei der Ausfüllung von Blanketten ist die Tätigkeit des Ausfüllenden deswegen keine Vertretung, weil der Vertreter nach § 164 eine Willenserklärung namens des A abzugeben hat, während die ausgefüllte Urkunde, weil sie die Unterschrift des A trägt, eine Willenserklärung nicht des Ausfüllenden B, sondern des Unterschreibenden A verkörpert [1]). B gibt keine eigene Erklärung ab, sondern perfiziert die bis dahin unvollständige und daher noch nicht vollwirksame Erklärung des A. Für die Blankoerklärung des A ist die Ausfüllung durch B zwar keine echte Bedingung [2]), wohl aber eine cond. juris der Wirksamkeit; so wenig man bei einem Rechtsgeschäft des A, welches unter der Bedingung einer Handlung des B abgeschlossen wird, den B, wenn er die Handlung vornimmt, als Vertreter des A bezeichnet, sowenig ist B, weil er der Blankoerklärung des A einen bestimmten Inhalt gibt, als dessen Vertreter aufzufassen. Das ist evident, wenn B in ein Blankoakzept oder einen Schuldschein des A seinen eigenen Namen als Remittent oder Gläubiger einsetzt; damit hat er nicht wie ein Vertreter den A zum Schuldner eines Dritten gemacht, sondern selbst eine Forderung gegen A erworben. Wenn dagegen B das Blankett mit dem Namen eines Dritten ausfüllt z. B. eine Blankocession oder einen Bürgschaftsschein auf den Namen des X setzt, so tritt zur Ausfüllung der Urkunde noch hinzu die Übergabe derselben von B an X; erst dadurch wird ja die Cession oder die Bürgschaft mit X geschlossen. Hier könnte man eher daran denken, in der Übergabe der Urkunde an X eine Vertretungshandlung des B zu sehen, m. Er. mit Unrecht; denn mit der Übergabe der von A unterzeichneten Urkunde übermittelt B dem X eine Vertragsofferte des A, fungiert also als Bote [3]). Allerdings hat hier B im Gegensatz zum gewöhnlichen Boten die weitgehende Befugnis, die Person des Adressaten selbst zu bestimmen, aber in seinem äußeren Auftreten, und darauf allein

---

1) So auch Planck § 126 Bem. 2, der den Aussteller mit Recht auf die Anfechtung verweist, wenn die Ausfüllung der Urkunde seinem Willen nicht entspricht.

2) wie z. B. Grünhut a. a. O. S. 446, Jäger, KO § 3 Note 17 u. A. annehmen; denn Bedingung ist eine von den Parteien aufgestellte, nicht schon von Rechtswegen bestehende Voraussetzung der Wirksamkeit eines Geschäftes.

3) Die Akzeptation des X erfolgt nach § 151 durch Annahme des Papiers.

kann es für den Unterschied von Boten und Vertreter ankommen, betätigt er sich als Überbringer eines fremden Willens.

Erscheint somit die Ausfüllung und Aushändigung einer fremden Blankourkunde nicht als Vertretung, die Befugnis dazu nicht als Vollmacht. so haben doch beide Rechtsvorgänge denselben Erfolg und Zweck: B hat die Fähigkeit, für den A Verpflichtungen zu begründen resp. über Forderungen des A zu verfügen. Daher ist die im Gesetz nicht geregelte Befugnis zur Ausfüllung einer Blankourkunde nach Analogie der Vollmacht zu behandeln, insbesondere in bezug auf die Widerruflichkeit[1]): wie die Vollmacht, so kann die Ausfüllungsbefugnis widerrufen werden, wenn B als Beauftragter des A oder in einem ähnlichen Rechtsverhältnis in Geschäften des A tätig werden soll[2]); ist dagegen die Ausfüllungsbefugnis dem B in rem suam verliehen, um ihm eine Zuwendung zu machen oder in sonstiger Weise einen Vermögensvorteil zuzuführen, so ist ein Widerruf wirkungslos: B kann trotzdem das Blankoakzept oder den Schuldschein ausfüllen und damit den A zum Schuldner machen, oder durch Ausfüllung und Übergabe des Cessionsscheines die Forderung des A auf X übertragen. Indirekte Vereitelung dieser Befugnis durch Handlungen des A ist, wie wir oben gesehen haben, bei Begründung einer Verpflichtung für A ausgeschlossen, dagegen wenn es sich um Cession oder andere Verfügungen über Rechte des A handelt, dadurch möglich, daß A durch eigene Verfügung dem B zuvorkommt.

Durch Konkurs des A ist die Ausfüllungsbefugnis des B, wenn sie nicht auf einer Geschäftsbesorgung für A beruht und daher nach KO § 23 erlischt, nicht aufgehoben. Aus dem nach Konkurseröffnung über A ausgefüllten Akzept entsteht nach herrschender Lehre eine Konkursforderung, ebenso aus einem Blankoschuldschein.[3]) Dagegen ist eine durch Ausfüllung eines Blanketts

---

1) vgl. Protokolle Bd. I S. 144.

2) Auf den Widerruf der Ausfüllungsbefugnis ist m. Er., wenn das Blankett dem B ausgehändigt ist, § 172 I analog anzuwenden; das Blankett in den Händen des B ist wir eine Vollmachtsurkunde zu behandeln; die Befugnis erlischt daher nur, wenn der Widerruf dem Dritten mitgeteilt oder sonst bekannt ist, § 173. Eine Kraftloserklärung der Urkunde dürfte, da Amortisation nur in gesetzlich bestimmten Fällen möglich ist, nicht zulässig sein.

3) Grünhut, Wechselrecht 64 N. 8; Staub, WO Art. 7. N. 13a Jäger, KO Anm. 17 zu § 3, mit verschiedenen Begründungen; man braucht m. Er. nicht mit Jäger anzunehmen, daß schon vor Ausfüllung des Akzeptes eine bedingte

nach Konkurseröffnung bewirkte Cession m. Er. den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam, KO § 15[1]).

V. Resultate.

Die Ergebnisse unserer Untersuchung lassen sich folgendermaßen kurz zusammenfassen:

1. die Vollmacht kann unwiderruflich erteilt werden, wenn der Bevollmächtigte an der Ausübung der Vollmacht ein Interesse hat, welches dem des Vollmachtgebers gleichwertig ist.

2. die Machtstellung des unwiderruflich Bevollmächtigten hängt von der Art des Geschäftes ab, auf welches sich die Vollmacht bezieht. Die unwiderrufliche Vollmacht zum Erwerb von Rechten oder zur Begründung von Verbindlichkeiten für den Vollmachtgeber kommt ungehindert zur Geltung. Die Vollmacht zu Verfügungen verleiht, selbst wenn sie unwiderruflich ist, dem Bevollmächtigten eine prekäre Stellung; denn die Ausübung solcher Vollmachten kann vereitelt werden durch eigene Verfügungen des Vollmachtgebers und durch Zugriff seiner Gläubiger sowie durch Konkurs über sein Vermögen. Bei der Inkassovollmacht kommt hinzu, daß die zu ihrer Durchführung nötige Prozeßvollmacht aus prozessualen Gründen nicht unwiderruflich sein kann. Ein größeres

Forderung vorliegt (vgl. oben S. 93 N. 2); kann es doch vorläufig an einem Subjekt für die Forderung fehlen. Trotzdem kann man die Forderung als „begründet" im Sinn von KO § 3 bezeichnet; das wird in zahlreichen Fällen angenommen, wenn der Entstehungstatbestand einer Forderung vorliegt bis auf eine Tatsache, die als cond. juris noch aussteht, z. B. für die Regreßforderung des Bürgen, der zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht bezahlt hat (Jäger, KO § 3 Anm. 19); bei Eviktionsforderung wegen Mobilien, wenn bei Eröffnung des Konkurses die Sache noch nicht herausgegeben, zurückgewährt oder untergegangen ist, § 440 II. Solche Forderungen gelten als bereits „begründet", obgleich sie noch von einer cond. juris abhängen.

1) Ein Rechtserwerb aus dem Vermögen des Gemeinschuldners ist nur dann wirksam, wenn er vor Konkurseröffnung vollendet ist oder nur noch von einer Bedingung abhängt, Jäger KO § 15. Fehlt es wie bei der Blankocession an einer cond. juris des Erwerbs, so gehört der Gegenstand noch zur Konkursmasse. Man muß m. Er. bei der Handhabung des § 15 KO strenger sein als bei der Auslegung des § 3, nach welchen Forderungen unter cond. juris als Konkursforderungen zugelassen werden; denn in § 15 handelt es sich um Aussonderungsrechte, durch welche die par condicio creditorum gestört wird.

Maß von Sicherheit genießt der unwiderruflich Bevollmächtigte bei Verfügungen über Mobilien und Wertpapiere, wenn er im Besitz der Sache oder des Papieres ist.

3. unwiderrufliche Vollmacht zur Ausübung dinglicher Ansprüche (Berichtigung, Vindikation) ist als Surrogat der unzulässigen Cession dieser Ansprüche von erheblicher praktischer Bedeutung.

4. Die Ausstellung und Übergabe eines Blanketts mit der Erlaubnis der Ausfüllung ist zwar keine Vollmacht, aber analog der Vollmacht zu behandeln; die Ausfüllungsbefugnis kann aus denselben Gründen, wie die Vollmacht, unwiderruflich sein.[1])

1) Nach Fertigstellung des Drucks ist mir zugegangen das Buch von Rosenberg, Stellvertretung im Prozeß. In bezug auf die unwiderrufliche Vollmacht geht R. von zum Teil anderen Anschauungen aus, als ich, kommt aber in der Beurteilung der Inkassovollmacht in rem suam zum selben Resultat, wie oben S. 77: die Prozeßvollmacht ist stets widerruflich, selbst wenn die mit ihr verbundene Einziehungsvollmacht unwiderruflich erteilt ist. (§ 908 ff.)

Gesetzgebungspolitik und Rechtsvergleichung

von

Fritz van Calker.

Wir stehen vor der Reform des deutschen Strafrechts. Das Interesse aller derjenigen, welche sich mit Fragen des Strafrechts beschäftigen, konzentriert sich deshalb heute in erster Linie auf diese große und für die Entwickelung unseres ganzen staatlichen Lebens bedeutsame Aufgabe. Mag nun immerhin auch noch einige Zeit vergehen bis durch die Veröffentlichung eines ersten Entwurfes zu einem neuen Strafgesetzbuch die Möglichkeit kritischer Erörterung der gesetzgeberischen Gedanken geboten sein wird, so sind doch die Vorarbeiten für die Reform heute schon so weit vorgeschritten, daß eine Stellungnahme zu einigen prinzipiellen Fragen, welche gerade durch die Art und die Richtung dieser Vorarbeiten aufgeworfen werden, nicht nur möglich, sondern direkt notwendig erscheint.

Unter den Vorarbeiten zur Strafrechtsreform nimmt ein Werk nach Inhalt und Umfang eine besondere Stellung ein: die — auf Anregung des Reichsjustizamtes herausgegebene — „Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts." In diesem Werk sollen, wie das Vorwort besagt, „eine vergleichende Darstellung aller in Betracht kommenden strafrechtlichen Materien gegeben, im Anschluß an diese Darstellung für die einzelnen Materien die Ergebnisse der Rechtsvergleichung kritisch gewürdigt und Vorschläge für die deutsche Gesetzgebung angeschlossen werden."

Gewiß ist es auch bisher schon üblich gewesen, zur Vorbereitung gesetzgeberischer Arbeiten eine Untersuchung darüber anzustellen, in welcher Weise die zur Erwägung stehenden Fragen in der Gesetzgebung des Auslandes zur Regelung gebracht wurden und auch bisher schon ist sicherlich solche Arbeit mit dem Willen getan worden, für die Erfüllung eigener Aufgaben vom Ausland

zu lernen, niemals aber wird es noch geschehen sein, daß die Vorbereitung eines nationalen Gesetzgebungswerkes unmittelbar auf eine derart systematisch-umfassende vergleichende Darstellung deutschen und ausländischen Rechts gegründet worden ist, wie dies heute bei der Reform unseres Strafgesetzbuches der Fall zu sein scheint. Muß solchem Vorgehen gegenüber nicht die bange Sorge auftauchen, daß dem Gesetzgebungswerk von vornherein der nationale Charaker fehlt und statt seiner sich ein wirres Gemenge ausländischer Rechtsgedanken breit machen wird, sodaß der Fehler, den einst der preußische Gesetzgeber durch die Aufnahme französischen Rechtes gemacht, in noch verderblicher Weise wiederholt zu werden droht? Und wenn Bedenken diesen Inhaltes gegenüber betont werden wird — wie dies ja auch in dem Vorwort geschehen — daß die Reform an die heimische Rechtsentwickelung anknüpfen und „dem Rechtsbewußtsein des Deutschen Volkes entsprechen" müsse, kann dann nicht mit Fug der Vorwurf erhoben werden, die Bezugnahme auf ausländisches Recht sei von solchem Standpunkt aus prinzipiell wertlos und es bedeute somit diese ganze Art der Vorbereitung nur eine — auf manchen Seiten gar nicht unwillkommene — Verschleppung der Reform? Die Fragen, die in solchen Erwägungen auftauchen, sind bedeutsam und die Art ihrer Beantwortung ist über das Gebiet der Aufgaben, die bei den Vorarbeiten für die Reform in Betracht kommen, weit hinaus von Wichtigkeit. So mag es gerechtfertigt sein, im folgenden die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die deutsche Strafrechtsreform nach ihrer prinzipiellen Seite einer Untersuchung zu unterziehen.

I.

Jeder Rechtsvergleichung, welche über die Absicht einer reinen Darstellung gegebener Rechtszustände hinausgehend auf die Vorbereitung der Änderung einer Gesetzgebung abzielt, ist damit die Forderung einer kritischen Würdigung ihrer Ergebnisse gestellt, d. h. es müssen die verschiedenartigen Regelungen nicht nur mitgeteilt und nebeneinander gestellt, sie müssen beurteilt und bewertet werden. Denn ein jeder Vorschlag für die zukünftige Gesetzgebung, sei es nun, daß er auf Beibehaltung oder auf Abänderung des geltenden Rechtes gerichtet ist, wird in seiner Berechtigung — bewußt oder unbewußt — darauf gestützt, daß er inhaltlich besser, richtiger sei, als irgend eine andersartig

denkbare Regelung. Nach welchem Gesichtspunkt erfolgt ein solches Urteil? Und um die entscheidende Frage gleich ausdrücklich zu formulieren: Kann eine solche Beurteilung und Bewertung eines gesetzgeberischen Vorschlags jeweils nur nach subjektiven Gefühlen und Meinungen geschehen, oder ist es denkbar, einen objektiven und allgemein gültigen Maßstab aufzuweisen, durch dessen Verwendung ein über nur subjektiv berechtigten Anschauungen prinzipiell erhabener Standpunkt gewonnen und eine Beurteilung und Bewertung der Vorschläge mit dem Anspruch auf objektive Richtigkeit ermöglicht werden könnte? Je nach der Antwort, die auf diese Frage zu geben ist, wird auch die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Gesetzgebungspolitik sich prinzipiell verschieden gestalten. Zunächst muß deshalb auf die gestellte Frage eine Antwort gesucht werden.

Da ich den Versuch, für die Gesetzgebungspolitik einen objektiven und allgemein gültigen Maßstab der Beurteilung und Bewertung zu gewinnen, bereits in früheren Ausführungen — „Politik als Wissenschaft“ Straßburg 1898, „Ethische Werte im Strafrecht“ Berlin 1904; — unternommen habe, möge es erlaubt sein, das Ergebnis hier zu wiederholen und in einigem zu ergänzen. Der Ausgangspunkt war dieser: Ein Prinzip der Beurteilung und Bewertung ist nur dadurch zu gewinnen, daß die menschliche Zwecksetzung als eine psychologische Erscheinung besonderer Art ins Auge gefaßt wird. Es muß der Versuch gemacht werden, aus der unendlichen Mannigfaltigkeit möglicher Zwecke eine ihrer Richtung nach formal einheitliche Klasse auszusondern, der für jedes Einzelwesen ein die Bedeutung des Augenblicks dauernd überragender Wert zukommt. Dieser Forderung wird entsprochen von jeder Zwecksetzung, die in ihrer Verfolgung und Erfüllung eine Entfaltung und Entwickelung der Eigenart im Sinn einer Erhöhung der Leistungsfähigkeit, mit einem Wort gesagt: eine Vervollkommnung bedeutet.

In der Idee der Vervollkommnung in solchem Sinn sehe ich das Prinzip für die Beurteilung und Bewertung menschlicher Zwecksetzung — betrachtet aus dem Gesichtspunkt einer einheitlichen Richtung alles Lebensinhalts. Aber auch zur Beurteilung der verschiedenartigen Einzelzwecke menschlichen Strebens ist eine Berufung auf dieses Prinzip zulässig. Denn die Idee der Vervollkommnung ist in solchem Sinn gar nicht ein in nebelgrauer Ferne liegender „letzter“ Zweck, sondern ein Ziel, das im

Denken und Handeln einer jeden Stunde erkennbar und erreichbar vor uns liegt. Praktische Ideale sind es also, auf die unser Wollen vom Standpunkt meiner Auffassung der Idee der Vervollkommnung gerichtet wird. Es bleibt deshalb hier auch keineswegs eine Beschränkung auf die Beurteilung ethisch zu bewertenden Verhaltens notwendig; sobald ein etwa unter technischen Gesichtspunkten zu beurteilendes Verhalten in Frage steht, erhält die Idee der Vervollkommnung durch diese besondere Aufgabe auch ihren besonderen Inhalt: der Erbauer des lenkbaren Luftschiffes strebt nach einer „Vervollkommnung“ der Flug- und Steuereinrichtung — er beurteilt und bewertet verschiedene ihm vorliegende, neue Modelle unter dem Gesichtspunkt der „Vervollkommnung.“ Aber worin besteht denn nun tatsächlich auf jedem Gebiet die Vervollkommnung? In dem Wegfall von Mängeln, die wir als Hemmungen nach irgend einer Richtung empfinden. So ist das Sehnen und Streben nach „Vervollkommnung“ ein Sehnen und Streben, herauszukommen aus den Unvollkommenheiten, die wir heute empfinden, zu einem Zustand, in dessen Bild wir nur das deutlich vor uns sehen, daß ihm gerade die Schatten fehlen, die uns heute umdüstern. Ich resumiere: die Idee der Vervollkommnung in dem hier entwikelten Sinn ist ein formaler Gedanke, ein formales Prinzip zur methodischen Ordnung menschlicher Zwecke. Seine inhaltliche Bestimmung empfängt er jeweils durch die konkret vorliegende Aufgabe.

In welcher Weise kann nun aber ein Beweis dafür erbracht werden, daß in der Idee der Vervollkommnung tatsächlich der „richtige“ Maßstab der Beurteilung gegeben ist?

Ein derartiger Beweis ist nicht zu erbringen, müßte doch solche Beweisführung sich hierbei wiederum auf ein höheres und schließlich letztes Ziel zu berufen vermögen: Menschlichem Erkennen aber bleibt die Erfassung eines letzten und höchsten Zieles, das — in der Idee der Vollkommenheit — jenseits aller Erfahrung liegt, versagt. Nur eine Berufung auf das Gefühl der Evidenz ist hier zulässig. Aber dieses Gefühl kann in seinem Entstehen kausal erkannt und erklärt werden: Ich meine, wo wir menschliche Zwecksetzung beurteilen und bewerten, geschieht solches unter dem Gesichtspunkt jenes Prinzips, der Idee der Vervollkommnung. Immerhin ist folgendes zuzugeben: Demjenigen, der zweifelnd in Abrede stellt, daß für menschliches Urteilen und Werten ein oberster und allgemein gültiger Maßstab überhaupt

aufzuweisen sei, und seinerseits behauptet, daß einem jeden Urteil von vornherein nur subjektive Berechtigung zukommen könne, dem kann der Beweis der Unrichtigkeit seiner Anschauung nicht geliefert werden — man mag ihn nur vielleicht noch darauf hinweisen, das er sich bei einem konsequenten Durchdenken und Festhalten seines Standpunktes gegenüber den Forderungen des täglichen Lebens in seinem Handeln und Urteilen bisweilen recht schwer tun wird!

Und nun zur Anwendung der ausgeführten Gedanken auf unser Problem! Das Prinzip der Vervollkommnung ist dienlich zur Beurteilung aller Zwecksetzung, für die Beurteilung derjenigen Zwecksetzung, welche im Recht und in der Rechtspolitik zum Ausdruck gelangt, kommen dabei folgende besondere Gesichtspunkte in Betracht: Das Recht bildet einen Teil der sittlichen Ordnung, ihr Ziel ist die Regelung des Zusammenlebens und Zusammenwirkens der Menschen. Das Prinzip solcher Regelung kann aber nur dies sein: allen Gliedern der Gemeinschaft, die heute und in künftigen Tagen ihren Bestand bilden, diejenige Art des Zusammenlebens und Zusammenwirkens zu ermöglichen und zu gewährleisten, die ihren individuellen Zwecken — diese von der Höhe eines obersten und allgemeingültigen Standpunktes aus gesehen — gemäß ist. Damit wird die Idee der Vervollkommnung Aller als Prinzip der Beurteilung für den Inhalt rechtlicher Regelung aufgestellt.

Hier ist nun noch folgendes anzufügen: die sittliche Ordnung ist ursprünglich einheitlich, die Unterscheidung von Normen der Moral (und der Sitte) einerseits, Normen des Rechts anderseits ist eine Erscheinung, die erst auf höheren Entwicklungsstufen des Völkerlebens zu Tage tritt. Im modernen Staatsleben ist diese Unterscheidung im wesentlichen durchgeführt und es sind damit den verschiedenen Normen verschiedene Richtungen der Wirkung zugewiesen und wichtige Verschiedenheiten in der Gestaltung herbeigeführt. Im Recht treten gegenüber den Normen der Moral insbesondere folgende Tendenzen zu Tage: Einmal die Tendenz einer Konkretisierung gewisser Normen, nämlich derjenigen, deren Einhaltung für die Existenz und Entwickelung der Gemeinschaft und ihrer Glieder besonders wichtig erscheint; zum andern die Tendenz, die Einhaltung dieser Normen durch die Autorität der organisierten Gemeinschaft — insbesondere durch die ihr zu Gebot stehenden Zwangsmittel — sicher zu stellen; zum dritten endlich die Tendenz, nur das äußere Verhalten

zu regeln, auf eine ausdrückliche Beeinflussung der Gesinnung dagegen, da diese ja durch die äußere Autorität und ihre Mittel nicht erzwingbar ist, zu verzichten.

Sicherlich ist es richtig, diese bedeutsamen Besonderheiten des Rechts gegenüber der Moral deutlich zu betonen und möglichst klar herauszuarbeiten, hier aber, wo es sich darum handelt, einen einheitlichen Maßstab der Beurteilung aufzuweisen und die Bedeutung eines solchen für die Gesetzgebungspolitik darzutun, muß doch die dem Ziel nach gegebene Einheit für Recht und Ethik besonders betont werden. Meines Erachtens darf die Tatsache, daß die Normen des Rechts in erster Linie auf ein bestimmtes äußeres Verhalten gerichtet sind und daß sich das Recht deshalb auch mit einem „legalen" äußeren Verhalten begnügt, die Tatsache nicht verschleiern, daß es gerade der ethische Inhalt, die ethische Qualität des Rechts ist, welche seinen Normen in der Gemeinschaft Wirkung verschafft: Wehe dem Gesetzgeber, der da glaubte, darauf verzichten zu können, auch seinerseits zu einer Erziehung der Gesinnung mitzuwirken! Vielleicht liegt dem Kriminalisten dieser Gesichtspunkt besonders nahe, er mag aber auch für die anderen Gebiete des Rechts nicht ohne Berechtigung sein!

So halte ich an dem Standpunkt fest: die Idee der Vervollkommnung ist als oberstes Prinzip für die Beurteilung aller Zwecksetzung auch in dem Gebiet des Rechts maßgebend.

Wird diese Auffassung als zutreffend anerkannt, so ergibt sich hieraus für das Verhältnis von Gesetzgebungspolitik und Rechtsvergleichung zunächst folgendes negative Resultat: Für die Auffindung des obersten Maßstabes der Beurteilung vermag die Rechtsvergleichung als solche nichts zu leisten, der oberste Maßstab ist vielmehr in einem besonderen, von jeder konkreten Regelung prinzipiell unabhängigen Gedankengang zu suchen.

Der hiermit ausgesprochenen Anschauung stehen heute Auffassungen gegenüber, die in ihrer Stellung zu der Frage nach der Möglichkeit der Aufweisung eines obersten und allgemeingültigen Maßstabes der Beurteilung zu grundsätzlich anderen Ergebnissen kommen. Bevor ich den Versuch mache, von dem bisher entwickelten Standpunkte aus die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Gesetzgebungspolitik nunmehr nach der positiven Seite darzustellen, möchte ich zunächst über die mir für die Beleuchtung des Verhältnisses besonders bedeutsam erscheinenden gegnerischen Äusserungeu kurz berichten und zu denselben Stellung nehmen.

II.

Die Frage nach dem „richtigen Recht" ist durch die Untersuchungen Stammlers neu angeregt worden. Wie oben ausgeführt, habe ich — der Methode Stammlers folgend, das Beurteilungsprinzip aber anders formulierend — den Versuch gemacht, die Bedeutung eines solchen Gesichtspunktes für die Entscheidung von Fragen der Strafrechtsreform darzutun und verschiedene Arbeiten — so insbesondere die Abhandlung von Netter, Das Prinzip der Vervollkommnung als Grundlage der Strafrechtsreform — haben den hiermit beschrittenen Weg weiter verfolgt.

Es ist das Verdienst von Liszts, auf die Bedeutung eines objektiven Beurteilungsprinzips für die Frage nach der Verwertung der Ergebnisse der Rechtsvergleichung ausdrücklich hingewiesen und die eingehendere Besprechung dieser Frage veranlaßt zu haben. Die Fragen, die hier zur Beantwortung stehen, formuliert von Liszt — Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. XXVII S. 96 — in folgender Weise:

1. „Nach welchem einheitlichen Gesichtspunkt haben unsere Mitarbeiter — bei der Vergleichenden Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts — ihre legislativen Vorschläge aufgestellt?

2. Was hat mit der Forderung nach dem richtigen nationalen Recht die Rechtsvergleichung zu schaffen?

Die Antwort die v. Liszt auf diese Fragen selber gibt und die Anschauungen, die in ihrer Beantwortung von anderen geäußert worden sind, weisen prinzipiell verschiedene Grundauffassungen auf, in Einem besteht aber, glaube ich, heute schon eine einheitliche Meinung:

Wir alle, die wir an der „Vergleichenden Darstellung" mitgearbeitet haben und heute auf unsere Arbeit zurückblicken, empfinden besonders deutlich die Bedeutung und die Berechtigung der Frage nach dem „richtigen Recht". Gleichgültig, zu welchem Ergebnis der einzelne in der Beantwortung der Frage schließlich gelangt, jeder wird sich sagen müssen, daß die Aufwerfung derselben für eine methodische Untersuchung der gesetzgeberischen Probleme notwendig und ihre verschiedenartig mögliche Beantwortung von unmittelbar „praktischer" Bedeutung sei. Es kann heute dahingestellt bleiben, ob es an-

gemessen gewesen wäre, wenn jeder Mitarbelter in seinen Ausführungen zu der Frage ausdrücklich Stellung genommen hätte, in zukünftigen Untersuchungen rechtspolitischer Fragen wird sicher der grundsätzliche Standpunkt stärker betont werden und gerade im Hinblick hierauf ist eine allgemeinere Besprechung des Problems wünschenswert.

Prüfen wir in solcher Absicht nun die einzelnen Beiträge zum besonderen Teil darauf, in welcher Weise die zahlreichen Vorschläge für die Reform begründet worden sind, so kommen wir zu dem Ergebnis, daß eine solche Begründung in der großen Überzahl aller Fälle überhaupt fehlt, daß eine Reihe von Vorschlägen mit einem Hinweis auf das Rechtsgefühl („das natürliche Empfinden", „das Volksrechtsbewußtsein") begründet wird und daß nur in ganz wenigen Fällen eine prinzipielle Stellungnahme in der Begründung gegeben ist.

Die Autorität, die bei der Begründung der Reformvorschläge am meisten angerufen wird, ist das Rechtsgefühl, das bald ausdrücklich als solches genannt, bald als „Volksrechtsbewußtsein", „natürliches Empfinden", „natürliches Gefühl" bezeichnet wird. Und in der großen Überzahl der Fälle, in denen eine Begründung überhaupt nicht ausdrücklich gegeben ist, bildet — dem einzelnen bewußt oder nicht — das Rechtsgefühl die Grundlage seiner Vorschläge. Es kann hier nicht die Absicht sein, Wesen und Bedeutung des Rechtsgefühls in Untersuchung zu ziehen, es kann nur eine Feststellung in der Richtung versucht werden, was denn mit einer Berufung auf das Rechtsgefühl in diesem Zusammenhang überhaupt gesagt sein soll. Ich glaube, in der großen Mehrzahl der Fälle liegt hierin die Anrufung einer Instanz, deren Urteile als über bloß subjektivem Meinen erhabene, als objektiv richtige erachtet werden. Damit wird also das „Rechtsgefühl" als oberster Maßstab der Beurteilung und Bewertung anerkannt, Beibehaltung oder Änderung des geltenden Rechts, Aufnahme oder Ablehnung einer dem ausländischen Recht angehörenden Bestimmung wird ·unter Bezugnahme auf diesen Maßstab vorgeschlagen. Welche Bedeutung die Rechtsvergleichung von diesem Standpunkt aus für die zukünftige Gestaltung unseres Rechtes haben kann, ist einleuchtend: sie kann uns Vorschriften des ausländischen Rechtes zeigen, die dem Rechtsgefühl mehr entsprechen, als die betreffenden unseres geltenden Rechts, sie kann uns in diesem Sinn mögliches Recht aufweisen. Die Frage

der Richtigkeit des möglichen Rechts kommt dabei nicht weiter zur Erörterung. So häufig die Anrufung des Rechtsgefühls in dem angegebenen Sinn nun auch geschieht, so wenig läßt sich doch bestreiten, daß bei näherem Nachdenken eine solche Beweisführung und Begründung legislativer Vorschläge nicht ganz zu befriedigen vermag — schon um deswillen nicht, weil man gar nicht selten schließlich die Erfahrung macht, daß zwei einander direkt entgegengesetzte Vorschläge unter Bezugnahme auf denselben Grund — eben das Rechtsgefühl — begründet werden.

Aus dem Empfinden heraus, daß eine derartige Argumentation auf zu schwachen Füßen steht, sind denn wohl auch in erster Linie die Versuche zu erklären, die darauf gerichtet sind, für die Aufweisung des „richtigen Rechts" schärfer bezeichnete Wege zu finden und hierbei namentlich auch der Rechtsvergleichung eine größere Bedeutung zuzuweisen.

An erster Stelle ist hier darüber zu berichten, in welcher Weise v. Liszt selber die oben formulierten Fragen beantwortet. Der Standpunkt v. Liszts ist folgender:

„Meine Behauptung geht dahin", sagt er — Zeitschr. Bd. XXVII S. 93 — „daß der Begriff der Entwicklung uns die Synthese des Seienden und des Seinsollenden darstellt und daß daher aus dem Seienden und nur aus ihm, das Seinsollende bestimmt werden kann". „In der empirisch gegebenen Entwicklungsrichtung des im Staat organisierten gesellschaftlichen Lebens erblicke ich also das Kennzeichen des richtigen Rechts; nur auf dieser Grundlage läßt sich ein wissenschaftliches System der Politik aufbauen." Und die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Rechtspolitik bestimmt v. Liszt von diesem Gesichtspunkt aus — Zeitschrift Bd. XXVI S. 556 — in folgender Weise: „Nur durch die vergleichende Methode gelangen wir zur Aufstellung von typisch wiederkehrenden Entwicklungsstufen, von Rechtstypen insbesondere." „Erst die Erkenntnis der Entwicklungstypen aber gestattet es uns, die in unserer nationalen Entwicklung erreichte Entwicklungsstufe, im ganzen wie im einzelnen, richtig einzuschätzen, und damit zur Erkenntnis des Werdenden, des Seinsollenden zu gelangen."

Die soziologische Richtung der Politik, die v. Liszt hier verfolgt und für die Verwertung der Rechtsvergleichung in der Rechtspolitik ausgestaltet, führt zu dem bedeutsamen Resultat, für die politische Untersuchung ein grundsätzlich über subjektiven

Anschauungen erhabenes Prinzip aufzuweisen. Diesem Streben muß man vom Standpunkt der hier vertretenen Anschauung über die methodische Bedeutung der Annahme eines obersten Maßstabes der Beurteilung zustimmen, auch wenn man sich mit der inhaltlichen Formulierung des gefundenen Begriffs nicht einverstanden erklären kann.

Über den Wert und die Verwertbarkeit des Entwicklungsbegriffs für die Erkenntnis des sozialen Lebens ist nun ja schon so viel gesprochen worden, daß es nicht meine Absicht sein kann, die Frage als solche hier eingehend zur Erörterung zu bringen, eine Stellungnahme aber muß erfolgen. Und bei dieser kommt es meines Erachtens insbesondere auf folgendes an: Auch die Naturwissenschaft — der die soziologische Schule doch den Entwickelungsbegriff heute zunächst entlehnt und deren Forschungsmethoden sie auf diesem Weg zu gewinnen trachtet — verwendet den Begriff nicht vollkommen einheitlich in dem gleichen Sinn. Sie verwendet ihn zunächst selbstverständlich zur Erklärung bestimmter Geschehnisse. Aber Manche gehen weiter und verwenden den Entwicklungsbegriff auch zur „Deutung“, zur Beurteilung und Wertung der Geschehnisse, ein Vorgehen, das ja nur unter der Annahme irgend eines Zweckes, von welchem aus der Wert einer Veränderung bestimmt wird, als zulässig und angemessen bezeichnet werden kann. Mag man der einen oder der anderen Richtung zustimmen, in jedem Fall wird man zugeben müssen, daß bei jeder über die reine Erklärung der Geschehnisse hinausgehenden Deutung derselben der Entwickelungsbegriff in einem neuen Sinn — nämlich eben als Prinzip der Beurteilung und Bewertung — verwendet wird. Dabei braucht man selbstverständlich gar nicht gleich an ein „letztes Ziel alles Lebens“ zu denken, es genügt, daß man etwa die Anpassung an vorhandene Lebensbedingungen, die Erhöhung der Lebensfähigkeit, oder der Dauerfähigkeit als „Zweck“ ins Auge faßt: durch ein jedes in solcher Richtung sich bewegende Urteil kommt in den Begriff der Entwickelung hinein der Gedanke der Annäherung an einen Zweck und von diesem aus gesehen des Fortschritts durch Änderung in der Organisation, damit schließlich eben der Gedanke der Vervollkommnung. Sehe ich recht, so verwendet v. Liszt den Begriff der Entwicklung in diesem Sinn. Aber v. L. führt den aufgenommenen Gedanken nicht durch. Wie die Naturwissenschaft gezwungen ist, sobald sie den Begriff der Entwicklung zur Be-

wertung, zu einem Urteil über die „Zweckmäßigkeit“ eines — kausal erkannten — Vorgangs verwendet, den ins Auge gefaßten Zweck — also etwa die bessere Befähigung für den Kampf ums Dasein — ausdrücklich anzugeben, oder wenigstens stillschweigend als angegeben vorauszusetzen, so muß auch die Sozialwissenschaft, wenn sie zu irgend welcher Bewertung eines kausal erkannten sozialen Geschehens schreitet, dies unter dem Gesichtspunkt eines irgendwie genannten Zweckes tun. Aber die Anhänger der soziologischen Auffassung leiden hier an einer starken „Teleophobie“ — sie befürchten, auf diesem Weg unmittelbar in das Reich der Metaphysik zu gelangen und so betont auch v. L., daß bei einer Anwendung des Entwicklungsbegriffs auf das Zusammenleben der Menschen von einem „letzten“ oder „höchsten“ gesellschaftlichen Zweck niemals die Rede sein könne, wobei er wohl an Auffassungen denkt, die etwa „das leibliche oder geistige Wohl“, „das Wohl und die Macht einer Gesamtheit“ oder „die möglichst gleichmäßige Befriedigung ihrer Glieder“ als höchsten, letzten Zweck der Gesetzgebung bezeichnen. Ich stimme v. Liszt bezüglich einer derartigen Formulierung des „letzten“ Zweckes durchaus zu, glaube aber, daß es eben auf die Formulierung ankommt, ob der Gedanke eines letzten Zweckes als mit dem Begriff der Entwickelung verträglich bezeichnet werden kann oder nicht. Der Idee der Vervollkommnung in dem oben ausgeführten Sinn könnte man von einer Auffassung des Entwicklungsbegriffs, wie sie bei v. L. gegeben ist, meine ich, durchaus zustimmen. Verwendet man aber dann diese Idee in dem Sinn zur Beurteilung von Vorgängen, wie dies v. L. selber — wenn auch nur andeutungsweise — tut, so ist damit die Vervollkommnung als Prinzip der Beurteilung und Bewertung aufgenommen. v. L. geht freilich zunächst nicht diesen Weg; er sieht „in der empirisch gegebenen Entwicklungsrichtung des im Staat organisierten gesellschaftlichen Lebens“ das Kennzeichen des „richtigen Rechts“, — „die gegenwärtige Entwicklungslinie können wir erkennen und aus ihr das nächste Entwicklungsziel bestimmen.“ Nimmt eine derartige Aufsuchung von Entwicklungstendenzen von dem Gedanken einer Beurteilung und Bewertung, von der Idee eines Zweckes überhaupt Abstand? Gewiß nicht. v. Liszt sieht die Linie der Entwicklung aufwärts, im Sinn des Fortschritts verlaufen — zu dieser Konstatierung bedarf aber doch v. L. eines Prinzips der Beurteilung; und dieses Prinzip ist m. E. schließlich eben

auch ihm die Idee der Vervollkommnung. Und so glaube ich, daß man den Einwand, der vom Standpunkt der hier vertretenen Grundauffassung aus gegen v. Liszt zu erheben ist, dahin formulieren kann: v. Liszt ist den Weg, auf welchem der Entwickelungsbegriff von der materialistischen Geschichtsauffassung zum erkenntnistheoretischen Idealismus führt, einstweilen nicht zu Ende gegangen.

In den Debatten zum vorliegenden Problem hat die prinzipielle Auffassung von Liszts über das Verhältnis von Gesetzgebungspolitik und Rechtsvergleichung bisher keine Zustimmung gefunden. Die Opposition ist einig in dem Gedanken, daß die Rechtsvergleichung nicht das Beurteilungsprinzip des richtigen Rechtes zu erbringen vermöge, daß sie vielmehr nur Hinweise auf die mögliche Gestaltung darbiete. Zu diesem einheitlichen Ergebnis kommen hierbei die Gegner aber von wesentlich verschiedenen Standpunkten aus. Man kann die Gegner vielleicht in zwei Gruppen scheiden, je nachdem sie mehr einer objektivistischen oder aber einer subjektivistischen Auffassung zuneigen:

Neben von Liszt haben Gerland, Hegler und Brütt in der Besprechung der Frage des Verhältnisses von Gesetzgebungspolitik und Rechtsvergleichung die Notwendigkeit und Möglichkeit der Aufweisung eines objektiven Maßstabes der Beurteilung und Bewertung betont. Aus ihren Ausführungen möchte ich folgendes hervorheben: Gerland formuliert — Vergleichende Darstellung B I, S. 115ff. — die Aufgabe der Kritik dahin: es ist der Versuch zu machen, „aus den verschiedenartigen Gesetzen die einheitlichen Gesichtspunkte zu gewinnen, aus denen sich schließlich der Gesetzesvorschlag, die zweckentsprechende Regelung ergibt". Heglers Gedankengang ist in seinem Aufsatz „Zur Methode der legislativen Bearbeitung des Strafrechts auf rechtsvergleichender Grundlage" — Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, 4. Jahrgang, S. 344ff. — folgender: Um zu einem allgemeingültigen Beurteilungsprinzip zu gelangen, muß man sich über den idealen Zweck des Strafrechts Klarheit verschaffen. Dabei wird „eine Beziehung auf die staatliche Gemeinschaft, die Erhaltung ihrer Lebensbedingungen durch Verbot von Angriffen auf dieselben und durch Strafverhängung gegen Angriffe auf dieselben, damit die Erhaltung der staatlichen Gemeinschaft letzlich in Betracht kommen", „wobei die Bewertung der Erhaltung dieser Gemeinschaft sich selbst dann wieder gründet

auf die Beziehung zu einem letzten ethischen Bewertungsurteil, etwa auf ihre Bedeutung für die Ermöglichung vollkommenen Lebens".

Hegler hat zu dem Prinzip der Vervollkommnung nicht ausdrücklich Stellung genommen, sehe ich recht, so bewegen sich aber seine Anschauungen im wesentlichen in der gleichen Richtung, wie meine Auffassung; ich stimme ihnen somit prinzipiell zu. Das Gleiche gilt gegenüber dem Standpunkte Brütts. B. formuliert — in seinem Buche „Die Kunst der Rechtsanwendung" 1907, S. 129 — in folgender Weise: „richtig ist dasjenige Recht, welches die Kulturentwicklung des Volkes nach Möglichkeit fördert und am meisten dazu beiträgt, die nationalen Kräfte vom potentiellen in den aktuellen Zustand zu überführen". Zwischen der Idee der Vervollkommnung aller in dem oben formulierten Sinn und dem hiergegebenen Begriff der Kulturentwickelung scheint mir im wesentlichen kein inhaltlicher Gegensatz zu bestehen.

Der den bisher besprochenen objektivistischen Anschauungen gegenüberstehende subjektivistische Standpunkt wird am deutlichsten von Kantorowicz entwickelt und vertreten. Ich sehe das Entscheidende seiner Auffassung, die er in seinem Aufsatz über „Probleme der Strafrechtsvergleichung" — Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, 4. Jahrgang, S. 80ff. — zur Darstellung bringt, in folgenden Ausführungen: „Sollen ist Wollen. Sage ich: „ich soll", so sage ich damit zugleich: „ich will", wenn auch dieses mein „sittliches Wollen" ein eigenartig beschaffenes ist, sich nämlich durch das begleitende Gefühl der Pflicht von allem andern nicht oder unsittlichen Wollen unterscheidet und mit diesem ebenso oft oder noch öfter in Widerstreit gerät, als eine nicht sittliche Wollung mit einer anderen nichtsittlichen . . . . Dem richtigen oder sollenden Recht, d. h. dem Recht, das mein sittlicher Wille anstrebt, stehen nun als bloße Tatsachen fremden Wollens alle anderen Rechte gegenüber, geltende wie nur erstrebte, gegenwärtige wie vergangene, deutsche wie ausländische. Nun freilich erkennt man die Unlösbarkeit, ja Widersinnigkeit der Aufgabe, aus diesem „Sein" dieses Sollen abzuleiten, aus dem, was die anderen wollen, zu erkennen, was ich will. Was ich will, kann ich natürlich nur erkennen durch Selbstbesinnung, auf dem Wege psychologischen Analyse: dies bleibt in der Tat die einzige fundamentale Methode des richtigen Rechts."

Aber Kantorowicz will nun trotz dieser seiner subjektivistischen Grundauffassuug doch den damit eingenommenen Standpunkt

nicht zur Durchführung bringen: „weder der Ukas des herrschsüchtigen Objektivisten, der alle noch so verschiedenen Geister vor seinen Wagen spannen will, noch der Monolog des resignierten Subjektivisten, der die Früchte seiner Selbsterkenntnis schön geordnet als „Mein System" an die Öffentlichkeit tragen zu sollen glaubt — können das letzte Wort der Wissenschaft sein. Es gibt eine goldene Mittelstraße, das Verfahren des Relativisten . . . . Es besteht darin, die verschiedenen möglichen, als gleichberechtigt anzuerkennenden Standpunkte, wie sie Interesse, Charakter, Weltanschauung einzunehmen heißt, aufzusuchen und in ein System zu bringen, und nun die verschiedenen möglichen Regelungen — in ihrem relativen Wert, d. h. in ihrer Tauglichkeit als Mittel zur Befriedigung der genannten verschiedenen Anschauungen aufzuweisen . . . . Der Standpunkt aber, den der Gesetzgeber einnehmen wird, kann nur ein Ergebnis des Kampfes sein, der durch Autorität und Majorität entschieden werden und meist zu einem Kompromisse führen wird."

Es kann im gegenwärtigen Zusammenhang nicht die Absicht sein, zu dem subjektivistischen Standpunkt als solchem nun eingehend Stellung zu nehmen, ich möchte nur gerade gegenüber den eben berichteten Ausführungen von Kantorovicz eine Frage aufwerfen: K. gibt nicht nur „dem herrschsüchtigen Objektivisten", sondern auch dem bescheiden resignierenden Subjektivisten, der die Früchte seiner Selbsterkenntnis „an die Öffentlichkeit tragen zu sollen glaubt", einen tüchtigen Stoß — um seinerseits die „goldene Mittelstraße" zu gehen. Ist denn K. auch wirklich und unbedingt Subjektivist? „Sollen ist Wollen" sagt K. „Sage ich: „ich soll", so sage ich damit zugleich: „ich will", wenn auch dieses mein „sittliches Wollen" ein eigenartig beschaffenes ist, sich nämlich durch das begleitende Gefühl der Pflicht von allem anderen nicht — oder unsittlichen Wollen unterscheidet . . ." Lauert da nicht ganz hinten in der methaphysisch-dunkeln Ecke, hinter dem Begriff der Pflicht versteckt, doch noch ein „objektiver" Maaßstab? Aber es sei dem, wie ihm wolle, das muß — gleichgültig auf welchem prinzipiellen Standpunkt man auch stehen mag — zugegeben werden, daß es für eine gute Vorbereitung irgend welcher Gesetzgebung von größtem Werte ist, wenn — im Sinn von Kantorovicz — die verschiedenen möglichen Standpunkte und die verschiedenen möglichen Regelungen in ihrer Tauglichkeit als Mittel zur Befriedigung verschiedener Anschauungen auf-

gewiesen und unparteiisch zur Darstellung gebracht werden — es treten im Verlauf einer jeden gesetzgeberischen Aktion stets bald genug Personen auf, die, ohne sich viel darüber zu besinnen, ob sie von objektivistischem oder subjektivistischem Standpunkt aus ihre Interessen vertreten, einseitig und unduldsam gegen andere Anschauungen, die Gesetzgebung zu beeinflussen suchen. Aber hier beginnt nun gerade die eigentliche Aufgabe des Gesetzgebers und in diesem Kampf der Interessen und Anschauungen wird es für den Gesetzgeber ein Großes sein, wenn er in dem festen Glauben an einen objektiv richtigen, allgemein gültigen Maßstab der Beurteilung und Bewertung im wirren Getriebe Ordnung zu schaffen, die Richtung zum erstrebten Ziele zu weisen und im solchen Sinn nicht nur der Majorität, sondern auch der Autorität gebührend Geltung zu erwirken vermag! Wer bescheiden und mit der steten Beteuerung, seine Anschauungen natürlich nur als subjektiv berechtigt angesehen wissen zu wollen, sein Sprüchlein sagt, wird in dem Kampf der Meinungen, ohne den es in der Gesetzgebung nicht abgeht, nie Wege weisen und nie Ziele erreichen!

Das hiermit zu dem von Kantorowicz eingenommenen Standpunkt Ausgeführte, gilt im wesentlichen auch gegenüber den Auffassungen, die von Radbruch, Beling und Kohlrausch in der Debatte zu unserer Frage ausgeführt wurden. Denn auch sie stehen grundsätzlich auf subjektivistischem Standpunkt.

Ich zitiere die entscheidenden Äußerungen: Radbruch betont, — Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform B II S. 423 s. auch „Geburtshilfe u. Strafrecht“ S. 24 —, daß das Seinsollende „Sache der wissenschaftlich undiskutierbaren Überzeugung“ sei, R.s Bestreben ist demgemäß darauf gerichtet, „Regelungsmöglichkeiten“ vorzulegen.

Beling nimmt — Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft B XXVI. S. 695 — auf diese Worte Radbruchs ausdrücklich Bezug und stimmt ihm zu: „Es wird also schon dabei bleiben müssen, daß die Gründe des „Sollens“ am letzten Ende indiskutabel sind, wie Radbruch richtig betont hat.“

Auch bei Kohlrausch endlich tritt der subjektivistische Standpunkt deutlich zu Tage. Bei der Untersuchung der Frage nach der Leistungsfähigkeit der Rechtsvergleichung für die Entscheidung der Strafwürdigkeit des Duells kommt er — „Vergleichende Darstellung“ B III S. 129f. — zu folgendem Resultat: „ . . . wohl nirgends wird es so deutlich als beim Zweikampf, daß uns eine

Vergleichung verschiedener Rechtssysteme zwar über die Tauglichkeit der Mittel zu einem Zweck, nicht aber über die Richtigkeit des Zweckes belehren kann. Ob wir den Zweikampf bekämpfen sollen, kann sie uns nicht sagen. Aber wenn wir uns dazu entschlossen haben, vermag sie uns vielleicht über die Tauglichkeit der verschiedenen Mittel Auskunft zu geben. Den in der Erfahrung gegebenen endlich begrenzten Erscheinungen gegenüber ist ja die Frage, ob wir etwas tun sollen, die Frage der „Richtigkeit" eines jeden Schrittes abhängig von der Richtigkeit des Ziels; wie auch dieses Ziel den Charakter des Erstrebenswerten nur hypothetisch, unter Voraussetzung der Richtigkeit eines darüber hinausliegenden Zielpunktes erhält, bis wir an den Punkt kommen, wo wir über das Gesolltsein eines letzten Zweckes verstandesmäßig keine Rechenschaft mehr geben können, wo wir gefühlsmäßig uns entscheiden — wo wir auf dem Gebiet des speziell Sittlichen die Sphäre des Glaubens betreten."

„Die theoretische Konstatierung irgend einer Tendenz — sagt uns nichts darüber, wie wir in dem Augenblick, wo wir als Gesetzgeber praktisch handelnd eingreifen in die Entwicklung, uns zu ihr stellen sollen, ob hemmend oder fördernd." „Die Entscheidung ist in allerletzter Linie eine Gefühlsentscheidung, oder in der Sprache des Gesamtorganismus und des Parlamentarismus: eine Macht- und Majoritätsentscheidung."

Im Anschluß an das gegen Kantorowicz Angeführte sei hier nun noch folgendes hinzugefügt: Es ist natürlich unbestreitbar, daß jede gesetzgeberische Entscheidung schließlich eine Macht- und Majoritätsentscheidung ist. Diese Tatsache muß auch der auf objektivistischem Standpunkt Stehende anerkennen. Aber seine prinzipielle Stellung zu diesem Vorgang ist eine andere als die des Subjektivisten: Dieser muß konsequentermaßen mit verschränkten Armen jene letzte Entscheidung abwarten — denn woher will er das „Recht" nehmen, anderen seine subjektive Anschauung aufzudrängen, deren objektive Berechtigung er ja gar nicht zu behaupten, geschweige denn zu beweisen vermag! Die Stellung des Objektivisten ist eine wesentlich günstigere: Selbst der Anhänger der materialistischen Geschichtsauffassung verzichtet nicht darauf, hemmend oder fördernd den Entwickelungsgang zu beeinflussen. Wer aber mit seiner ganzen Überzeugung ein praktisches Ideal als objektiv richtiges Ziel seines Strebens erfaßt hat, der wird mit Fug und Recht mit voller Kraft für die Er-

reichung dieses Zieles wirken und kämpfen! Und Niemand — gleichgültig, auf welchem prinzipiellen Standpunkt er steht — darf verkennen, daß in jeder Entwickelung der Überzeugung von der objektiven Richtigkeit des erstrebten Zieles eine starke motivierende Bedeutung zukommt!

III.

Die Betrachtung der in der Besprechung des Problems bisher zu Tage getretenen Anschauungen hat uns zwei prinzipiell verschiedene Auffassungen über die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Rechtspolitik gezeigt: die eine, welcher die Rechtsvergleichung die Lehre vom richtigen Recht gibt, die andere, der sie nur die Lehre vom möglichen Recht bietet. Zu welcher Auffassung führt die oben entwickelte Grundanschauung?

Wir waren zu dem Resultat gekommen, daß die Rechtsvergleichung als solche für die Auffindung des obersten Maßstabes der Beurteilung — der Idee der Vervollkommnung Aller — nichts zu leisten vermöge; ist mit dieser Konstatierung unsere Stellungnahme in der Streitfrage im Sinn der zweiten Auffassung entschieden? Ich muß zur Beantwortung der Frage etwas weiter ausholen und zunächst noch einmal zu dem oben unterbrochenen Gedankengang zurückkehren und zwar zu dem Zweck, hier nun die Möglichkeit der praktischen Verwendung und Verwertung des aufgestellten Beurteilungsprinzips darzulegen. Die Frage lautet damit: In welcher Weise kann mittelst des in der Idee der Vervollkommnung gegebenen obersten Maßstabes der Beurteilung entschieden werden, ob eine vorliegende rechtliche Regelung „richtig" oder welche von mehreren vorgeschlagenen Änderungen des geltenden Rechts zu wählen ist?

Der Weg zur einer Beantwortung dieser Frage ist in folgendem Gedankengange zu finden: Das Recht dient der Verwirklichung des höchsten Zweckes in der Weise, daß es das Zusammenleben und Zusammenwirken der Menschen durch Garantierung ihrer Existenz- und Entwickelungsbedingungen ermöglicht und fördert. Es geschieht dies durch Regelung des menschlichen Verhaltens mittelst Verboten und Geboten. Jede Regelung setzt mithin eine bestimmte Wertung des konkreten Verhaltens voraus. Wie entsteht eine solche Wertung, die der Gesetzgeber einem konkreten Verhalten gegenüber betätigt? Sie entstammt dem Wertgefühl

aller derer, die bei dem Zustandekommen des Gesetzes mitgewirkt haben. Bei kontrastierenden Gefühlen stellt sich die schließliche Entscheidung als das Ergebnis eines Kampfes dar, dessen Verlauf — insbesondere bezüglich der Bedeutung von Autorität und Majorität — durch die Bestimmungen der Verfassung geregelt ist. Unter biologischen Gesichtspunkten betrachtet ist das Wertgefühl für das einzelne Individuum die Einrichtung, welche im Dienst der Selbst- und Arterhaltung eine entsprechend Reaktion gegenüber den durch die umgebende Welt gegebenen nützlichen und schädlichen Einwirkungen herbeiführt. Aber diese Wertgefühle sind bei den Gliedern der Gemeinschaft nicht gleich und einheitlich. Mit der Verschiedenheit der Individualität — insbesondere bezüglich ihrer Fähigkeit zur Entfaltung und Entwicklung — korrespondiert eine Verschiedenheit der Wertgefühle bei den einzelnen Gemeinschaftsgliedern.

Besteht solcher Verschiederheiten gegenüber die formelle Möglichkeit, bestimmte Wertanschauungen als objektiv richtig, andere als unrichtig zu bezeichnen? Es ist dieselbe Frage, zu der wir im Prinzip oben Stellung genommen haben. Die Antwort muß hier lauten: Vom Standpunkt der Gemeinschaft aus gesehen sind objektiv richtig diejenigen Wertanschauungen, deren Bestehen und praktische Betätigung unter konkreten Verhältnissen die größtmögliche Förderung des höchsten Zweckes bedeutet. Liegt nun auch eine inhaltliche Bestimmung dieser Anschauungen jenseits der Grenzen unseres Erkennens, so ist es doch möglich, die Richtung der Entscheidung aufzuzeigen: In den Grundsätzen der Ethik kommt die Summe aller der Erfahrungen zum Ausdruck, welche die Gemeinschaft im Lauf ihrer Entwicklung über das — vom Standpunkt des höchsten Zieles aus gesehen — ihr Schädliche und Nützliche gemacht hat. Das Prinzip der Vervollkommnung verweist uns also für die Bestimmung der richtigen Wertanschauungen auf die Grundsätze der Ethik — an dem ethischen Maßstab müssen wir die Anschauungen messen und ihre Richtigkeit bestimmen. Vielleicht wird nun aber gegen eine solche Anschauung das Bedenken vorgebracht: „Durch eine derartige Verknüpfung des Rechtsmit den Sätzen einer überkommenen Ethik, deren Autorität zweifelhaft ist, und deren einzelne Normen und Werte heute schon von vielen verlacht und „umgewertet" werden, wird die Entwicklung und der Fortschrilt des Rechts gehemmt und damit die Gemeinschaft aufs schwerste geschädigt." Auf ein solches Bedenken ist folgendes zu sagen:

Die einzelnen Sätze der Ethik sind nicht ewig und unabänderlich, sie verändern und sie entwickeln sich von Zeit zu Zeit und von Volk zu Volk — folgend dem Gesetz der Vervollkommnung, das, vielleicht zunächst nur im einzelnen Glied der Gemeinschaft wirksam, schließlich die ganze Gemeinschaft vorwärts führt. Wie hat sich der Gesetzgeber dieser Tatsache möglicher Änderung ethischer Anschauungen gegenüber zu verhalten? Seine Aufgabe zwingt ihn, sich auf sicherem Boden zu halten, in seiner Hand trägt er das Schwert staatlicher Zwangsgewalt, dessen übermäßige oder auch nur unvorsichtige Verwendung der kulturellen Entwicklung der Gemeinschaft unendlichen Schaden zufügen kann. So darf er nicht Wege gehen, die ins Ungewisse führen. So lange sich auf dem besonderen Gebiet der gestellten gesetzgeberischen Frage eine bestimmte Anschauung als „herrschend" bezeichnen läßt, ist dem Gesetzgeber ein sicherer Weg gegeben. Bestehen aber Zweifel, machen sich neue Anschauungen — vielleicht von Wenigen, aber den Besten des Volkes und der Zeit vertreten — kraftvoll geltend, dann kommt für den Gesetzgeber die Stunde verantwortungsvoller Entscheidung. Gewiß ist es für den Gesetzgeber eine schöne und hohe Pflicht, auch auf dem Gebiet ethischer Anschauungen seinem Volke Führer und Erzieher zu sein, so mag er auch hier, den Blick auf das als richtig erkannte Ziel gerichtet, mutig vorwärts schreiten, aber die schwere Verantwortung, die auf ihm ruht, muß ihn dabei doch stets zu weiser Vorsicht mahnen!

So gibt die Verweisung auf den ethischen Maßstab freilich keineswegs eine Zauberformel, die für alle Fälle von vornherein eine zweifelsfreie Entscheidung sicher stellte, wohl aber zeigt sie uns die Möglichkeit einer Orientierung über die Einzelfragen unter einem einheitlichen Gesichtspunkt. An die Stelle einer nur gefühlsmäßigen Entscheidnng tritt damit eine verstandesmäßige Abwägung. Und das ist es, was wir für die Lösung der uns obliegenden Aufgabe zunächst brauchen. Denn nunmehr können wir mit diesem Maßstab an die Beurteilung rechtlicher Regelungen herantreten: Seien dies Bestimmungen unseres Rechts oder ausländischen Rechts, wir haben ein über diesen grundsätzlich erhabenes Prinzip, von welchem aus zunächst eine Vergleichung und dann eine Wertung möglich ist. Wir fragen: Wie wertet — auf einem ins Auge zu fassenden speziellen Gebiet — unser Recht, wie werten die verschiedenen ausländischen Rechte? Wir stellen Verschiedenheiten in der Wertung fest und

wir werfen die Frage auf: Welche der Wertungen erscheint von dem maßgebenden Wertprinzip aus als die richtige oder als die richtigere?

Auf alle diese Fragen gibt uns die kritische Rechtsvergleichung eine Antwort durch eine umfassende Wertlehre, die weit über das Gebiet der Strafrechtswissenschaft hinaus für die gesamte Kulturgeschichte unserer Zeit von der größten Bedeutung ist. Diese Wertlehre gewährt uns nach allen Richtungen unseres Forschens Hinweis und Aufklärung: Sie zeigt uns, welche Interessen die verschiedenen Nationen als schutzwürdig und schutzbedürftig erachten und wie hoch sie die einzelnen Interessen werten, sie zeigt uns, wie Werte vergehen und neue zur Entstehung gelangen, wie Wertanomalien sich lösen, und alter Irrtum der Wertung verschwindet. Sie läßt uns erkennen, wie der Gesetzgeber immer vorsichtiger und sorgfältiger die Grenzen des Strafrechts zu ziehen und die Wertskala von Verbrechen und Strafe aufzustellen bestrebt ist. Und gerade auf dem letztgenannten Gebiet lehrt sie uns, wie die Gesetzgebung festhaltend an dem ethischen Prinzip der gerechten Vergeltung durch eine Vertiefung und konsequente Durchführung des Grundgedankens zu einer gerechteren und wirksameren Reaktion gegen das Verbrechen gelangen kann.

So wird nun klar, was von unserem grundsätzlichen Standpunkte aus die Rechtsvergleichung für die Gesetzgebungspolitik tatsächlich zu leisten vermag: Sie zeigt uns nicht nur mögliches Recht, sie zeigt uns mögliches richtiges Recht, sie weist der Gesetzgebungspolitik Vervollkommnungsmöglichkeiten, praktische Ideale.

Das Ergebnis der entwickelten Auffassung ist also dies: Die Gesetzgebungspolitik bedarf zu einer methodischen Beurteilung und Bewertung möglicher Regelungen des Gemeinschaftslebens eines einheitlichen obersten Prinzips. Dieses Prinzip kann nur in einem besonderen, von jeder konkreten Regelung grundsätzlich unabhängigen Gedankengang gewonnen und aufgewiesen werden. Die Rechtsvergleichung als solche kann somit für diesen Zweck nichts Entscheidendes beibringen. Ihr Wert für die Rechtspolitik beruht vielmehr in folgendem: Die mit Verwendung des obersten Maßstabes der Beurteilung und Bewertung arbeitende und in diesem Sinn kritische Rechtsvergleichung vermag die — vergleichsweise — beste mögliche Regelung aufzuzeigen und dadurch dem Gesetzgeber ein Führer auf dem Weg zum richtigen Recht zu sein.

Der rechtswidrige Befehl des Vorgesetzten

von

Max Ernst Mayer.

I. Das Problem.

„Is damnum dat, qui iubet dare; eius vero nulla culpa est, cui parere necesse sit“ (l. 169 pr. D. 50, 17). Diese einleuchtende Argumentation beherrscht noch heute die Untersuchungen über die Wirkung von Befehlen; man hält daran fest, daß nur der verbindliche Befehl die Rechtswidrigkeit der anbefohlenen Handlung aufheben kann, und bemüht sich demgemäß festzustellen, in welchen Fällen Befehle verbindlich sind. Hierdurch wird in der Tat eine häufig wiederkehrende Sachlage richtig behandelt, soweit das Kriterium aber den problematischen Fall entscheiden soll, versagt es gänzlich. Denn nur der rechtmäßige Befehl kann verbindlich sein, während der rechtswidrige, der doch allein zu Zweifeln Anlaß gibt, niemals eine Gehorsamspflicht auszulösen vermag.

Die entgegengesetzte Ansicht ist in der staatsrechtlichen und strafrechtlichen Literatur weit verbreitet, obwohl der Widerspruch, der in dem Begriffe eines rechtswidrigen verbindlichen Befehles liegt, unverkennbar und unverkannt ist. Mir will es scheinen, als ob die Verständigung nicht schwer fallen könnte, wenn nur erst einmal der rechtswidrige Befehl vom rechtmäßigen klar abgegrenzt ist. Die Untrennbarkeit von Rechtmäßigkeit und Verbindlichkeit kann nämlich nur angezweifelt werden, wenn das Gebiet der rechtmäßigen Befehle in so enge Schranken eingeschlossen wird, daß die gleiche Beschränkung für verbindliche Befehle mit der im Staatsdienst erforderlichen Subordination unvereinbar erscheint. So kommt man dazu, auch dem rechtswidrigen Befehl bindende Kraft beizulegen. Und gleich zeigt sich der Fluch der bösen Konstruktion: da die Erfüllung einer Rechtspflicht nicht rechtswidrig sein kann, muß der rechtswidrige Befehl kraft seiner Verbindlichkeit die Rechtswidrigkeit der anbefohlenen Handlung aus-

schließen, — eine geradezu übernatürliche Verwandlung des Unrechts in Recht, ein Wunder! Das führende Lehrbuch des Strafrechts teilt diesen Standpunkt, [1]) das allein wäre schon Grund genug, die oft unternommene Untersuchung von neuem durchzuführen.

* * *

Es empfiehlt sich, zunächst einmal das Untersuchungsfeld abzustecken und in Verbindung hiermit den nicht-problematischen Teil der Materie, die Wirkung des rechtmäßigen Befehls, mit wenigen Worten zu schildern.

Sowohl der Dienst des Beamten als der Dienst des Soldaten wird durch Befehle des Vorgesetzten reguliert; während aber in militärischen Verhältnissen der gesamte Dienst auf Befehlen beruht, ist der Beamtendienst infolge der größeren Selbständigkeit seiner Organe nur zum Teil Befehlen unterworfen. Hierbei stellen wir die konkludent erteilten Befehle den ausdrücklich gegebenen gleich und verstehen mit einiger Ungenauigkeit unter Befehlen nicht bloß Anordnungen, die sich auf einen einzelnen Fall beziehen, sondern auch Instruktionen, d. h. Befehle, durch die ein bestimmtes Verhalten für viele Fälle gleicher Art vorgeschrieben wird. Dagegen scheiden alle Befehle und Handlungen, die lediglich disziplinären Gesichtspunkten unterstehen, aus unserer Betrachtung aus. Denn in diesen Fällen fehlt die Kollision, die aller Schwierigkeiten Quelle ist, die Kollision von Gesetzes- und Diensttreue. Wenn etwa einem Beamten von zuständiger Seite befohlen wird, sich zu einer bestimmten Zeit in der Amtsstube einzufinden, so steht weiter nichts in Frage als der Umfang seiner Dienstpflicht, also nichts, worüber sich hier zu schreiben verlohnt. Das gleiche gilt aber auch, wenn ceteris paribus die Nichtbefolgung des Befehls kriminell bedroht ist (MilStG § 92 ff., SeemO § 96, StGB § 353 a Absatz 2.) Erst wenn sich mit den disziplinären Interessen andere kreuzen, steht der Beamte und mit ihm die Theorie vor der Alternative, ob der Befehl zu befolgen ist, weil die Dienstpflicht es fordert, oder ob der Gehorsam verweigert werden muß, weil die Pflicht, Rechtsgüter zu achten, allen anderen Pflichten vorangeht. Am grellsten tritt diese Dissonanz hervor,

1) v. Liszt 16. u. 17. Aufl. S. 152: „Der Befehl des Vorgesetzten an den Untergebenen schließt für diesen die Rechtswidrigkeit der auf Grund des Befehls vorgenommenenen Handlung soweit aus, als die Rechtsordnung die unbedingt verbindende Kraft des Befehls anerkennt.“

wenn sowohl die anbefohlene Handlung als der Ungehorsam dem Tatbestand eines Strafgesetzes entspricht, so etwa wenn während des Manövers befohlen wird, Fourage zu stehlen (MilStGB § 92 und StGB § 242). Aber der Befehl, durch den eine Kollision von privatrechtlicher Haftung und Disziplinarbestrafung gezeitigt wird, gehört nicht weniger in den Kreis unserer Betrachtungen.

Dagegen ist der rechtmäßige Befehl aus dem gleichen Grunde wie die bloß disziplinäre Maßnahmen auslösende Anordnung nicht problematisch; die Gehorsamspflicht kollidiert mit keiner andern, die Verbindlichkeit des Befehls ist zweifellos. [1]) Deswegen wäre auch jede Erwähnung überflüssig, wenn nicht an den rechtmäßigen Befehl unter Umständen eine Folge geknüpft wäre, die dem rechtmäßigen oft zugeschrieben worden ist, und stets fehlt: die Rechtfertigung der anbefohlenen Handlung oder Unterlassung. Es gibt eine Menge dienstlicher Maßnahmen, die nur auf Befehl von oben vorgenommen werden dürfen; sie sind rechtswidrig, wenn der Befehl fehlt, erlaubt, wenn er ordnungsgemäß erteilt ist. So bestimmt z. B. StPO § 114 Abs. 1: „die Verhaftung erfolgt auf Grund eines schriftlichen Haftbefehls des Richters.“ Die nicht befohlene Verhaftung ist also, selbst wenn ihre sachlichen Voraussetzungen zutreffen, rechtswidrig, es sei denn, daß zugleich die engeren Voraussetzungen einer vorläufigen Festnahme erfüllt sind; davon abgesehen ist es der rechtmäßige Befehl, der die Freiheitsentziehung der Rechtswidrigkeit entkleidet.

Daran zweifelt niemand, deutliche Darstellungen sind aber selten zu finden. In voller Klarheit hat nur Berner die Sachlage geschildert (Lehrb. S. 102), indem er den Ausschluß der Widerrechtlichkeit dem „gesetzmäßigen Befehl einer zuständigen Behörde“ vorbehält und stark betont, daß Gesetzmäßigkeit und Befehl zusammentreffen müssen. [2]) Überall aber, wo der verbindliche Befehl oder gar der Befehl des zuständigen Vorge-

---

1) Die gesamte Literatur leidet erheblich darunter, daß die Unterscheidung von rechtmäßigen und rechtswidrigen Befehlen durch die von verbindlichen und unverbindlichen verdrängt oder doch überwuchert wird (vgl. z. B. die vorige Anm.). — Zutreffend Kleinfeller, Vergleichende Darst. des deutschen und ausl. Strafrechts, Allg. Tl. Bd. I S. 283.

2) Vgl. etwa noch Binding, Handbuch des Strafr. S. 804, woselbst aber schon Richtiges und Falsches dicht nebeneinander stehen. „Der Befehl kann eine durchaus rechtmäßige Handlung zum Inhalt haben: demjenigen, dem er gilt, wird

setzten schlechthin unter den Umständen, die die Rechtswidrigkeit ausschließen, genannt wird, bleibt gerade das Wichtigste verschwiegen, nämlich ob auch dem rechtswidrigen Befehl diese Wirkung zugeschrieben sein soll. Ergibt sich aber aus dem Zusammenhang, daß dem so sein soll, so findet doch die logisch nächste Frage, welcher Befehl denn rechtswidrig ist, keine Antwort, gerade als ob hierüber volle Klarheit bestände.

Um die Darstellung zu vereinfachen, soll zunächst (II—IV) bloß vom Beamtendienst die Rede sein und erst, wenn das Endergebnis entwickelt ist, geprüft werden, ob für andere Gewaltverhältnisse (Militär- und Schiffsdienst) etwas Besonderes gilt.

II. Abgrenzung des rechtmässigen vom rechtswidrigen Befehl.

Leider darf man den Begriff der Rechtswidrigkeit nicht gebrauchen, ohne sich über seinen Inhalt zu verständigen. Und diese Verständigung kann nur gelingen, wenn man Rechtswidrigkeit und Schuld und im Strafrecht außerdem Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit unterscheidet.

Nur wenn das Verhalten eines Menschen dem Tatbestande eines Strafgesetzes entspricht, also tatbestandsmäßig [1]) ist, besteht ein Grund, die Rechtswidrigkeit zu prüfen. Wird sie bejaht, so steht die Strafbarkeit der Handlung durchaus noch nicht fest, selbst wenn man von den im allgemeinen unwesentlichen Strafvoraussetzungen absieht, die Beling in seine Definition des Verbrechens aufnimmt: Die Zurechenbarkeit der Handlung ist das dritte Erfordernis. Und wie die Feststellung der Tatbestandsmäßigkeit die der Rechtswidrigkeit bedingt, so ist diese die Voraussetzung, ohne die der Prüfung der Schuldfrage jeder Sinn fehlt. Die Mißachtung dieser logischen Reihenfolge hat gerade in der Befehlslehre manchen Irrtum verschuldet.

---

die Vornahme aber erst durch den Befehl erlaubt und Rechtspflicht . . . . Außerdem aber gibt es nach geltendem Rechte allerdings verbindliche rechtswidrige Befehle.“ Nur der erste Satz ist richtig. — Ähnlich Girginoff, Der bindende Befehl im Strafrecht, Leipziger Diss. 1904, S. 18.

1) Es ist das Verdienst Belings (Lehre vom Verbrechen 1906), diesem nie verkannten und doch nie rein ausgeprägten Begriff die ihm gebührende, dominierende Stellung erobert zu haben.

Wer in der angegebenen Weise unterscheidet, faßt den Begriff der Rechtswidrigkeit rein objektiv. Ob man daneben die Schuld als subjektive Rechtswidrigkeit bezeichnen will, ist lediglich Sache der terminologischen Verständigung. Wird aber dem Begriff der objektiven Rechtswidrigkeit die Berechtigung abgesprochen, so liegt darin ein schwerer Verstoß gegen die gute alte Regel: entium varietates temere non esse minuendas.

Hiermit ist zu den Vorfragen, soweit unser Zweck es erfordert, Stellung genommen. Aber auch die Kernfrage, welche Merkmale dem solchermaßen in das Rechtssystem eingereihten Begriff der Rechtswidrigkeit wesentlich sind, erscheint hier nur als eine Vorfrage.

Trotz aller Angriffe halte ich an der Überzeugung fest, daß die Begriffsbestimmnng nur gelingen kann, wenn man von den Rechts- auf die Kulturnormen zurückgeht.[1]) Allerdings habe ich nie behauptet, daß jedes kulturnormwidrige Verhalten rechtswidrig ist, nur die staatlich anerkannten Kulturnormen widersprechende Handlung oder Unterlassung ist es. Die staatliche Anerkennung ist in den Rechtsnormen enthalten, und zwar als eine ausdrücklich ausgesprochene, überall wo zu wenig bestimmte Normen unserer Kultur präzisiert werden mußten (z. B. § 53 Abs. 2 StGB), als eine stillschweigende, überall wo der Gesetzgeber den Bestand herrschender Werturteile unverändert in die Rechtsordnung übernehmen zu dürfen geglaubt hat. In der einen und der anderen Form erfüllt die rechtliche Ausprägung von Kulturwerten garantierende Funktionen; sie erhebt Pflichten zu Rechtspflichten, sie unterstellt Interessen den Machtmitteln, die dem Staate nach Maßgabe seiner Rechtsordnung vorbehalten sind. Diese garantierende Funktion der Rechtsnormen ist unzertrennlich verbunden mit ihrer normierenden Funktion gegenüber den zur Verwirklichung des Rechts berufenen Staatsorganen. Denn die Garantie kann nur dadurch eingelöst werden, daß die Verwalter des Gesetzes ihre Entscheidungen so fällen, wie die Rechtsnormen es vorschreiben. Für die Staatsorgane sind die Gesetze Normen und zwar Entscheidungsnormen. Da sich nun unsere Untersuchung lediglich mit dem Verhalten von Staatsorganen zu befassen hat, kommt für uns allein diese normierende

1) M. E. Mayer, Rechtsnormen und Kulturnormen 1903 und Deutsches Militärstrafrecht (Sammlung Göschen) 1907 Bd. I S. 20ff.

Funktion der Rechtssätze in Betracht. Entscheidungen sind das einzige Objekt, die Entscheidungsnormen der einzige Maßstab der hier interessierenden Beurteilungen. Ein Beamter verhält sich als Beamter rechtswidrig, wenn er die ihn angehenden Entscheidungsnormen nicht befolgt. Hiermit ist nichts anderes gesagt, als daß der den Rechtssätzen entsprechende Befehl rechtmäßig ist. Ein durchaus trivialer und darum brauchbarer Ausgangspunkt! Ich hätte ihn ohne vorbereitende Schritte eingenommen, wenn ich nicht den Vorwurf, er vertrage sich nicht mit meiner grundsätzlichen Stellungnahme zur Rechtswidrigkeitslehre, hätte antizipieren wollen. Auch sei kurz bemerkt, daß keineswegs jede Normenlehre und keineswegs jede Theorie über Rechtswidrigkeit zwanglos die Gesetze zur Beurteilung von Beamtenbefehlen heranziehen oder sich auf sie beschränken kann.

Die Rechtssätze, denen der Befehl entsprechen muß, um rechtmäßig zu sein, scheiden sich nach allgemeiner Lehre in zwei Gruppen; die einen sind dazu da, die Person des zuständigen Beamten zu bezeichnen und die Art und Weise der Befehlserteilung zu normieren, die anderen enthalten die sachlichen Voraussetzungen. Die ersteren heben sich als Ausführungsnormen scharf von den letzteren, d. i. von den auszuführenden Rechtssätzen ab. 1)

Die Ausführungsbestimmungen sind maßgebend für die formelle Rechtmäßigkeit eines Befehls. Zu ihnen gehören vor allem die Gesetze und Verordnungen, aus denen sich die abstrakte (sachliche und örtliche) Zuständigkeit ergibt, also diejenigen, die einen bestimmten Beamten berechtigen und verpflichten, Befehle einer gewissen Art zu erteilen. Hierbei ist wohl zu beachten, daß innerhalb der abstrakten Zuständigkeit dem konkreten Amtsmißbrauch ein weites Feld verbleibt; wer kompetent ist, Haftbefehle zu erlassen, kann innerhalb seines Geschäftskreises auch ungesetzliche oder unangemessene Verhaftungen anordnen. Der Gruppe der Ausführungsbestimmungen sind ferner einzureihen alle Rechtssätze, die für einen Befehl eine bestimmte Form vorschreiben, endlich diejenigen, die eine noch nicht rechtskräftige Entscheidung

1) Dies und das folgende im Anschluß an meine Auslegung des § 113 StGB in der Vergleichenden Darst. des deutschen und ausl. Strafrechts, Bes. Tl. Bd. I S. 448ff. Besonders ist auf die ebenda S. 450 Anm. 2 hervorgehobene Übereinstimmung mit den Resultaten Bindings (Lehrb. Bes. Tl. Bd. II S. 765 - 774) zu verweisen.

der Vollstreckung entziehen. Diese letztgenannte Kategorie wird in der Literatur überall unbeachtet gelassen, darf aber nicht übergangen oder zu den sachlichen Voraussetzungen gerechnet werden, da Rechtssätze, die der nackten Tatsache der Anfechtung aufschiebende Wirkung beilegen, Ausführungsnormen, nicht auszuführende Normen sind. Ganz anders aber ist die anfechtbare Entscheidung zu beurteilen; hier handelt es sich um materielle Rechtmäßigkeit, die nur an den auszuführenden Gesetzen gemessen werden kann.

Was bedeutet die Forderung, der Befehl müsse den auszuführenden Gesetzen entsprechen? Alles kommt darauf an, dieses Verhältnis klarzulegen, denn es ist die ergiebigste und am wenigsten beachtete Fehlerquelle. Es ist keineswegs jeder Befehl, der von der nachprüfenden höheren Instanz aufgehoben werden würde, rechtswidrig. Der Befehl, die zu hoch veranschlagten Steuern einzutreiben, ist rechtmäßig, gleichviel ob die Reklamation versäumt oder rechtzeitig erhoben worden ist (vgl. Binding Lehrb. Bes. Tl. Bd. 2 S. 767). Man muß also vor allem die Meinung, jeder rechtsunbeständige Befehl sei auch rechtswidrig, fallen lassen.[1] Gemeinhin wird dieser Einsicht Ausdruck gegeben durch die Lehre, die materielle Unrichtigkeit eines Befehls lasse seine Rechtmäßigkeit unangetastet. Hiermit wird jedoch ein durchaus unzuverlässiges und unzutreffendes Kriterium aufgestellt. Niemand wird einen wegen Kollusionsgefahr in einer Übertretungssache ausgefertigten Haftbefehl für rechtmäßig halten (StPO. § 113), und doch fehlt es hier nur an der materiellen Richtigkeit. Man müßte zwei Arten von materieller Unrichtigkeit unterscheiden, um zu einem brauchbaren Resultat zu kommen, eine wenig verlockende Distinktion.

Ebenso unsicher sind die auf den Begriff der konkreten Zuständigkeit gegründeten Konstruktionen. Nimmt man, wie es z. B. Frank (in seinem Kommentar) bei der Auslegung des § 113 StGB. tut, dieses Kriterium unter die Erfordernisse rechtmäßiger Amtshandlungen auf, so kommt man über den tautologischen Satz, der seinen gesetzlichen Voraussetzungen entsprechende Be-

---

1) Vgl. die zutreffende, aber nicht weit genug gehende Äußerung E. R. Bierlings (Jurist. Prinzipienlehre Bd. III (1905) S. 198: „Wenn der Befehl selbst nicht wahrhaft rechtswidrig, vielmehr der Widerspruch mit irgendwelcher andern Rechtsnorm nur ein scheinbarer, durch den Befehl selbst rechtskräftig beseitigter ist, da kann natürlich auch die Vollziehung des Befehls als solche nicht rechtswidrig sein."

fehl sei rechtmäßig, nicht hinaus. Hiermit ist eine andere Formulierung des Problems, sonst aber nichts gewonnen.

Die Schwierigkeiten liegen nicht etwa in der unübersehbaren Mannigfaltigkeit der maßgebenden Gesetze. Freilich, sie können dem Prozeß- oder dem Verwaltungsrecht, dem Privat- oder Strafrecht angehören; sie können so allgemein gehalten sein, daß das meiste dem Gutdünken der Beamten überlassen bleibt, und so spezialisiert sein, daß die Anwendung im gegebenen Fall eindeutig vorgezeichnet ist. Diese bunte Fülle berührt uns jedoch nicht im geringsten, da lediglich die Beziehung, die zwischen der rechtmäßigen konkreten Entscheidung und dem Rechtssatz besteht, ins Auge zu fassen ist. Sie ist einer einheitlichen Darstellung zugänglich; immer entspricht der rechtmäßige Befehl den auszuführenden Rechtssätzen, und es besteht keine andere Aufgabe, als die im Begriff des Entsprechens, mehr an- als ausgedeutete Relation in eindeutige Bestimmtheit überzuführen.[1])

Der Beamte trifft seine Entscheidung durch Befolgung des in der Entscheidungsnorm enthaltenen abstrakten Imperativs. Er befiehlt in concreto, was das Gesetz in abstracto gewollt hat. Rechtswidrig ist daher der Befehl, der als konkretisierter Gesetzeswille nicht gelten kann. Er widerspricht den Rechtssätzen, weil er auf einem Akt beruht, der als Nichtbefolgung des abstrakten Imperativs zu charakterisieren ist. Diese Kennzeichnung kann aus zwei Gründen geboten sein:

Zunächst kann der Konkretisierung ihr Objekt fehlen; es ist kein abstrakter Imperativ aufzufinden, auf den sich der konkrete zurückführen ließe, was namentlich zutrifft, wenn eine den Befehl ausdrücklich ausschließende Norm nachzuweisen ist. Man denke etwa an absolut nichtige Urteile, an Haftbefehle, von denen die StPO. nichts weiß, an Verwaltungsmaßnahmen, die jenseits der gesetzlichen Schranken liegen.

Sodann kann der Konkretisierung der gute Wille fehlen. Es ist ein den Befehl legitimierender abstrakter Imperativ vorhanden, aber er ist vorsätzlich oder fahrlässig, also im Grunde nicht befolgt worden[2]); der Haftbefehl gründet sich z. B. auf bös-

1) Ebenso Binding, Lehrb. Bes. Tl. Bd. II S. 766: „In dem Erfordernis aber, die zu vollstreckende Handlung müsse dem Gesetze konform gehen, liegt eine bisher ungenügend beachtete Zweideutigkeit.“

2) Gegen diese Lehre wird eingewendet werden, daß sie Momente, die die Schuld konstituieren, als Bedingungen der Rechtswidrigkeit ausgibt. Aber man

willige Annahme des Fluchtverdachts. Solche Befehle dürfen zweifellos nicht als konkretisierter Gesetzeswille angesehen werden.

Dagegen könnten die auf Irrtum beruhenden Konkretisierungen Zweifel erwecken. Wie ist ein Zahlungsbefehl zu beurteilen, dessen gesetzliche Voraussetzungen der zuständige Amtsrichter auf Grund unzureichender Prüfung des Gesuchs angenommen hat (CPO. § 690)? Muß man von den rechtlich und sachlich richtigen Voraussetzungen ausgehen oder von denjenigen, die der das Gesetz konkretisierende Beamte fälschlich, aber schuldlos seiner Entscheidung zu Grunde gelegt hat? Ist der objektive oder der subjektive Standpunkt einzunehmen? Man muß sich nur vergegenwärtigen, daß selbst ein rechtskräftiges Urteil auf einem seine Endgültigkeit unterwühlenden Irrtum aufgebaut sein kann, um den objektiven Standpunkt weit von sich zu weisen. Ja man kann versucht sein, eine objektiv richtige Gesetzeskonkretisierung als ein niemals ganz erreichtes Ideal zu bezeichnen, da die Umformung der Norm immer durch ein Subjekt hindurchgeht und somit die Unreinheiten der individuellen Auffassung stets an sich trägt. Sowenig wie die Persönlichkeiten lassen sich die Irrtümer aus der Justiz und Verwaltung ausschalten; sie sind ein integrierender Bestandteil der Rechtsverwirklichung. Somit kann nicht mehr verlangt werden, als daß ein pflichttreues Organ des Staates einen Rechtssatz verwirklicht hat. Und die Verwirklichung eines Gesetzes steht als Realisierung des rechtlich Möglichen in einem Gegensatz zu Anordnungen, die potentiell in der Rechtsordnung nicht enthalten sind. Daher ist ein Haftbefehl, der sich auf die von keinem menschenkundigen Richter geteilte Annahme eines Fluchtverdachtes gründet, rechtmäßig, so gut wie der Einstellungsbefehl, den der Erste Staatsanwalt dem mit der Sache befaßten erteilt, weil er abweichend von den responsa prudentium die Handlung nicht für strafbar hält.

So gelangen wir zu dem Ergebnis: Rechtmäßig ist jeder Befehl, der das Produkt einer echten Gesetzeskonkre-

darf nicht übersehen, daß sich unter den Rechtswidrigkeitsbedingungen auch psychische Elemente finden können, — ebenso Beling, Lehre vom Verbr. S. 142 — daß also ein und derselbe Faktor die Rechtswidrigkeit und die Schuld begründen kann. Allerdings sind das Ausnahmeerscheinungen, jedoch keineswegs unmögliche Fälle. Beling führt durch Verweisung auf BGB § 226 ein sehr gutes Beispiel an, nennt aber zu Unrecht auch MilStGB § 47 Ziff. 2 in diesem Zusammenhang.

tisierung ist; unecht ist die mut- und böswillige und die objektlose Konkretisierung. Hiermit sind namentlich die trotz ihrer Verkehrtheit legitimierten Befehle von den rechtswidrigen unterschieden, wie ich glaube, prägnant unterschieden.

Jene Befehle sind vergleichbar den echten Urkunden unwahren Inhalts. Denn gerade wie die Feststellung einer Urkundenfälschung sich nicht auf die Unwahrheit des erklärten Willens, sondern auf die Unechtheit der Erklärung stützt, so ergibt sich die Widerrechtlichkeit eines Befehls nicht aus dem Widerspruch mit dem Willen des zu konkretisierenden Gesetzes, sondern aus der Unechtheit der Konkretisierung. Nicht auf das Produkt, auf die Produzierung kommt es an. Die vom Aussteller herstammende Erklärung ist eine echte Urkunde, auch wenn die Erklärung sich mit dem Erklärten nicht deckt, — jeder der abstrakten Norm entnommene konkrete Imperativ ist eine echte Konkretisierung, mag ihr Produkt im übrigen auch dem Recht widersprechen.

Am schärften heben sich die Erfordernisse, denen der rechtmäßige Befehl genügen muß von den irrelevanten Voraussetzungen ab, wenn man Befehle ins Auge faßt, die auf Grund eines Gesetzes ergehen, dessen Konkretisierung dem pflichtgemäßen Gutdünken des zuständigen Beamten anheim gegeben ist. Solche Befehle können, wenn nur der Beamte seine Entscheidung nach bestem Wissen und Gewissen getroffen hat, bloß zweckwidrig, niemals aber rechtswidrig sein, da jeder vernünftigerweise denkbare Befehl in der Norm latent enthalten ist, sodaß Produkte unechter Konkretisierung nur von treulosen Beamten zu Tage gefördert werden können.[1]) Nehmen wir z. B. an, ein Rechtssatz sähe die Auflösung einer öffentlichen Versammlung vor für den Fall, daß diese Maßnahme dem überwachenden Beamten im Interesse der öffentlichen Ordnung geboten erscheint, so kann der den Untergebenen erteilte Befehl, den Saal zu räumen, zwar zweckwidrig, ja unsinnig sein, aber er ist, sofern in ihm die ehrliche Meinung des mit der Überwachung Betrauten zum Ausdruck kommt, niemals rechtswidrig. Der Untergebene darf den Gehorsam also nur verweigern, wenn er überzeugt ist, daß der Vorgesetzte das Gesetz vorsätzlich oder fahrlässig falsch angewendet hat, und er trägt die Gefahr, daß

1) Vgl. Binding, Lehrb. Bes. Tl. Bd. II S. 769, woselbst zutreffend hervorgehoben wird, daß diese Fälle eine geschlossene Gruppe bilden, „weil bei ihnen die amtspflichtmäßige Vornahme der Handlung dem Willen des Gesetzes stets entspricht.“

seine Überzeugung zutreffend ist.[1]) In jedem andern Fall ist der Befehl rechtmäßig und deswegen verbindlich.

Aber auch rechtswidrige Befehle finden folgsame Diener. Das liegt in der Natur der Subordination. Je stärker sie betont wird, umso ergiebiger muß die Deckung sein, die der rechtswidrige Befehl dem Untergebenen bietet, während andrerseits gerade im Rechtsstaat die Gesetze dem Diensteifer nicht preisgegeben werden dürfen. Die bekannte Kollission! — Zwei Auflösungen sind versucht worden. Von den einen ist der rechtswidrige Befehl als ein die Widerrechtlichkeit der Ausführung ausschließender Umstand (Rechtfertigungsgrund), von den anderen als Schuldausschließungsgrund aufgefaßt worden. Im ersten Fall kann die Wirkung allein aus der Verbindlichkeit des Befehls, im zweiten auch aus anderen Momenten abgeleitet werden.

III. Der rechtswidrige Befehl als Rechtfertigungsgrund.

In der Kritik dieser von vielen Kriminalisten vertretenen Konstruktion[2]) darf es dahingestellt bleiben, unter welchen Voraussetzungen die bindende Kraft für rechtswidrige Befehle in Anspruch genommen wird; denn zu prüfen ist, ob die Behauptung, ein rechtswidriger bindender Befehl könne die Rechtswidrigkeit der anbefohlenen Handlung aufheben, überhaupt begrifflich möglich ist. Sie ist gewagt worden, weil der Widerspruch, der zwischen der Verbindlichkeit des Befehls und der Widerrechtlichkeit der Ausführung besteht, unerträglich ist. Man kann die Verbindlichkeit des Befehls nur behaupten,

1) Sehr ähnlich Cosak, Hessisches Staatsr. (1894) S. 46: der „absichtlich" gegen das Gesetz verstossende Befehl sei unverbindlich.

2) Vgl. die Lehrbücher des Strafrechts von Schütze (1874) S. 107, Merkel 1889) S. 160, Finger (1904) S. 403, Meyer-Allfeld (1907) S. 220, v. Liszt (1907) S. 152. Ebenso Wachenfeld in der Holtzendorff-Kohlerschen Enzyklopädie Bd. II S. 260, jedoch mit Beschränkung auf militärische Befehle; der Beamte könne sich „durch Verlassen des Dienstes der Begehung des Delikts entziehen", — eine geradezu grausame Ansicht, die aber auch von Schütze u. a. vertreten worden ist. Ob Hecker, Lehrb. des Militärstrafrechts (1887) hierher zu rechnen ist, erscheint zweifelhaft; die Straflosigkeit des Gehorchenden beruht nach ihm auf dem Mangel des Vorsatzes und dieser darauf, daß die befohlene Handlung für den Untergebenen eine erlaubte ist (S. 89). Nach Binding (Handb. S. 804 ff.) begründet der Befehl eine Berufspflicht (ebenso Schaper in Holtzendorffs Handbuch Bd. II

wenn man die Widerrechtlichkeit der auf Befehl ausgeführten Handlung leugnet. Die Verbindlichkeit zu retten, schien aber namentlich bei der Auslegung des § 113 StGB. dringend geboten, da sonst der Vollstreckungsbeamte dem Widerstand des angegriffenen Bürgers verfällt. Die Verwechslungen, die dieser Interpretation des § 113 zugrunde liegen, die juristischen und die voluntaristischen, die das falsche Ergebnis erstrebenswert erscheinen lassen, hat Binding (a. a. O. besonders S. 773) unwiderleglich auseinandergesetzt, und ich bin auf anderen Wegen zum gleichen Ergebnis gelangt[1]. Um mich nicht zu wiederholen, lasse ich die Folgerungen, die sich für das Widerstandsrecht ergeben, hier unerörtert; daß die Theorie von Grund auf verfehlt ist, das allein ist zu zeigen.

Die Gegner ersetzen den Widerspruch, der im Begriff des rechtswidrigen verbindlichen Befehls liegt, durch einen ebenso schlimmen. Das von ihnen heraufbeschworene thema probandum lautet nämlich, die Ausführung eines rechtswidrigen Befehls könne rechtmäßig sein, Unrecht könne auf dem Wege von der Anordnung zur Verwirklichung Recht werden. Es ist verlorene Mühe, diese Metamorphose rechtfertigen zu wollen. „Was in seinem Grunde Unrecht ist, kann nicht dadurch Recht werden, daß es ein anderer ausübt.“ Wie oft schon ist dieser Einwand erhoben worden, ohne

---

S. 123); im übrigen tritt bei Binding jedoch die Untersuchung, wann ein Befehl trotz seiner Widerrechtlichkeit verbindlich ist, in den Vordergrund. Diese Ausführungen sind aber überholt durch die im Lehrb. des Bes. Tl.s sich findenden, woselbst (Bd. II S. 765ff.) mit großer Energie dargelegt wird, daß die Vollstreckung eines rechtswidrigen Befehls immer nur rechtswidrig sein kann.

Monographisch hat Girginoff in einer sehr beachtenswerten Dissertation (Der bindende Befehl im Strafrecht, 1904) die hier interessierende Theorie entwickelt, indem er ein Recht des Untergebenen auf die Rechtmäßigkeit seiner Handlung konstruiert (vgl. etwa die Zusammenfassung auf S. 26), hat aber die verfehlte Lehre um nichts annehmbarer gestaltet. Seine Behauptung (S. 24), die Erfüllung der Gehorsamspflicht stehe mit dem Eingriff in die Rechtsgüterwelt „nur“ in faktischem, nicht in rechtlichem Zusammenhang und sei daher scharf von ihm zu scheiden, trennt Untrennbares und erweist sich ohne weiteres als scholastische Vergewaltigung der Tatsachen. Im übrigen verweise ich auf die Ausführungen des Textes. — Zu Unrecht reiht Girginoff S. 14 u. 15 Berner (soweit dessen Lehrb. in Frage steht) und Stooss (Schweiz. Zeitsch. f. Strafr. Bd. X S. 372) in die Gruppe der hier genannten Autoren ein; die Ansicht des letzteren verkehrt er in ihr gerades Gegenteil.

1) Vgl. oben S. 126 Anm. 1.

daß die Anhänger der entgegengesetzten Ansicht ihn anerkannt oder widerlegt hätten[1]). Vielmehr stützen sie sich lediglich auf die Verbindlichkeit des Befehls; wer einen bindenden Befehl befolgt, erfülle eine Rechtspflicht, und die Erfüllung einer Rechtspflicht könne nicht rechtswidrig sein. Hiernach absorbiert die Verbindlichkeit des Befehls seine Rechtswidrigkeit. Um dieser Schlußfolgerung gerecht zu werden, muß man ihren Ausgangspunkt teilen, also einen verbindlichen Befehl rechtswidrigen Inhalts für möglich halten. Dann steht man unmittelbar vor der Einsicht, daß die dienstliche Gehorsamspflicht mit der Pflicht, gesetzlich geschützte Güter nicht anzutasten, kollidiert, und es frägt sich, ob diese Untertanenpflicht durch jene Dienstpflicht aufgehoben werden kann. Ich meine, die Antwort könne nicht zweifelhaft sein: eine Aufhebung der Untertanenpflicht in dem Sinne, daß sie nicht mehr besteht, ist ausgeschlossen, eine Aufhebung in dem Sinne, daß die Pflichtverletzung nicht zugerechnet wird, ist sehr wohl möglich. Denn es handelt sich um eine Pflichtenkollision, also um einen Gegensatz, der auf der Anerkennung beider Pflichten beruht, aber dadurch aufgelöst werden kann, daß der einen Pflicht der Vorrang vor der andern eingeräumt wird. Hat die Dienstpflicht den Vorrang, so muß die Verletzung der Untertanenpflicht von jeder Verantwortung frei bleiben, kann sich jedoch nimmermehr in eine rechtmäßige Handlung verwandeln. Die Gegner negieren in der Auflösung der Pflichtenkollision deren Voraussetzung. Sie lösen das Problem dadurch, daß sie die anfängliche Anerkennung zurücknehmen.

Das rächt sich, sobald man sich daran erinnert, daß an der durch rechtswidrigen Befehl herbeigeführten Handlung nicht bloß der Untergebene, sondern auch der befehlende Vorgesetzte beteiligt ist. Daß der erstere von jeder Verantwortung frei bleibt, ist denkbar, undenkbar ist, daß auch der letztere die Tat nicht zu vertreten hat. Er mag aus besonderen Gründen unschuldig erscheinen, jedenfalls aber muß die Schuldfrage geprüft werden können. Das aber wäre unmöglich, wenn die Ausführung des rechtswidrigen Befehls in irgend einem Falle rechtmäßig wäre. In der Verantwortlichkeit des Vorgesetzten liegt das

1) Vgl. die Literaturangaben in der Vergleichenden Darst. des deutschen und ausländischen Strafr. Bes. Tl. Bd. I S. 447.



entscheidende Argument für die Rechtswidrigkeit der auf rechtswidrigem Befehl beruhenden Handlung[1]).

Auch kann man nicht etwa einwenden, der Befehlsgeber habe bloß seinen Befehl, nicht dessen Produkt zu verantworten; vielmehr hat er gerade dieses Produkt zu vertreten, als Anstifter, wenn der Untergebene die Handlung schuldlos, als mittelbarer Täter, wenn dieser sie als schuldloses Werkzeug ausgeführt hat; man denke z. B. an eine widerrechtlich anbefohlene und dem Befehl gemäß ausgeführte Freiheitsberaubung.

Ebensowenig ist etwas gewonnen, wenn darauf Nachdruck gelegt wird, die Handlung sei allein für den Untergebenen rechtmäßig[2]); denn es ist ganz ausgeschlossen, daß eine gemeinschaftlich ausgeführte Handlung zwar für den einen, nicht aber für den andern Beteiligten rechtswidrig ist. Freilich können die Teilnehmer verschieden zu beurteilen sein, das liegt dann aber jedenfalls nicht am objektiven Charakter der Handlung.

Hiermit steht fest, daß, selbst wenn die Rechtsordnung die verbindliche Kraft eines rechtswidrigen Befehls in einem Falle anerkennen sollte, hierdurch die Rechtswidrigkeit der anbefohlenen Handlung nicht ausgeschlossen wird. Die rechtswidrige Betätigung

---

1) Dasselbe Argument bei Graf zu Dohna, Die Rechtswidrigkeit usw. (1905) S. 137. In dieser ganzen Darstellung (S. 135 ff.) ist nur die eine Abweichung vom Prinzip, die Dohna S. 140 einräumen zu müssen glaubt, zu beanstanden; die Ausführung eines Befehls, den der Vorgesetzte in pflichtwidriger Anwendung seiner Rechte gegeben hat, sei zwar an und für sich rechtswidrig, der Untergebene befinde sich aber trotzdem „in rechtmäßiger Ausübung seines Amtes". Dohna weicht hierdurch Härten des geltenden Rechts (StGB § 113) aus, tauscht aber andere dafür ein, indem er das Widerstandsrecht des Bürgers verkümmert; außerdem geht seine Lehre über die Grenzen der Rechtsanwendung hinaus. Nur durch Gesetzgebung können die divergierenden Interessen des pflichttreuen „Organs des Unrechts" und des rechtswidrig angegriffenen Bürgers versöhnt werden. Vgl. hierüber Vergleichende Darst. Bes. Tl. Bd. I S. 447/48, 453/54, 495 und 510/511.

2) Vgl. etwa Hecker Lehrb. des Militärstrafr. S. 89. — Ähnlich Beling a. a. O. S. 177: „Wenn z. B. der Untergebene auf bindenden Befehl einen Diebstahl begeht, so handelt er zwar rechtmäßig, aber was er anrichtet ist doch ein rechtswidriges Resultat." Die Sperrung findet sich bei Beling nicht, entspricht aber dem Grundgedanken seiner Ausführungen. Natürlich ist aber schon die Voraussetzung, ein Diebstahl könne jemals bindend anbefohlen werden, unhaltbar. — An und für sich ist auch Kleinfellers Satz (a. a. O. S. 289), „der Befehl hebt die Rechtswidrigkeit nicht absolut, sondern nur relativ in Ansehung des zum Gehorsam verpflichteten Untergebenen auf", unrichtig, doch soll hiermit, wie der Zusammenhang lehrt, nur die Schuld des Untergebenen negiert werden.

kann jedoch schuldlos vorgenommen werden. Und so bleibt, da niemand daran denkt, dem rechtswidrigen Befehl jede Wirkung abzusprechen, lediglich die Möglichkeit, daß er als Schuldausschließungsgrund den Untergebenen der kriminellen Bestrafung oder andern von der Zurechnung abhängigen Rechtsfolgen entzieht.

IV. Der rechtswidrige Befehl als Schuldausschliessungsgrund.

Schuldausschließungsgründe sind Umstände, die der Annahme, ein rechtswidriger Erfolg sei pflichtwidrig herbeigeführt worden, entgegenstehen.[1]) Sie negieren das Schuldmoment, sie hindern die Zurechnung. Somit kann jeder Umstand, der die psychischen oder ethischen Elemente des rechtswidrigen Geschehnisses berührt, in Betracht kommen.[2]) Allgemeine Bedeutung haben jedoch, wenn man sich auf schuldfähige Menschen beschränkt, nur zwei Schuldausschließungsgründe: der Zwang (im Sinne von vis absoluta und compulsiva) und der Irrtum; denn sie allein bezeichnen einen ursprünglichen psychischen Zustand. Daher besteht von vornherein die Vermutung, daß der Befehl als selbständiger oder eigenartiger Schuldausschließungsgrund nicht angesehen werden kann.[3]) [4])

---

1) M. E. Mayer, Deutsches Militärstrafrecht Bd. I S. 114.

2) Mit Recht ist neuerdings von Frank (Über den Aufbau des Schuldbegriffs, 1907) betont worden, daß der Begriff des Schuldausschließungsgrundes an unheilbaren Mängeln leidet, wenn mau den Schuldbegriff so faßt, daß er nur „die Summe von Vorsatz und Fahrlässigkeit“ enthält, wobei Frank an die spezifischen Merkmale der Schuldarten denkt; auch die Zurechnungsfähigkeit, auch die begleitenden Umstände sind Schuldelemente, werden aber meistens nicht in den Schuldbegriff aufgenommen. Dazu möchte ich bemerken, daß es eine der Hauptaufgaben meiner „schuldhaften Handlung“ (1901) war, alle Faktoren, von denen die Bestrafung abhängig ist, also gerade jene begleitenden Umstände in den Schuldbegriff einzuarbeiten. Vgl. statt aller Ausführungen die dem Buche beigegebene schematische Darstellung der Proportionalität von Schuld und Strafe.

3) Nach Geyer (in Holtzendorffs Handb. des Strafr. Bd. II S. 352) ist die entschuldigende Kraft des Befehls auf vis compulsiva oder auf Irrtum zurückzuführen. In seinem späteren (1881) Grundriß z. Vorl. über Strafr. hat Geyer neben dem Irrtum der „Furcht, welche Zurechnungsunfähigkeit oder Notstand hervorruft“, schuldtilgende Wirkung beigelegt (Bd. I S. 79). Soweit sich Geyer auf den Irrtum beruft, werden wir ihm nachher beipflichten.

4) Die viel erörterte Frage, ob der Notstand (BGB § 228, StGB § 54) ein

Den Befehl als Zwang aufzufassen, ist ausgeschlossen;[1]) allerdings kann ein Befehl von Drohungen begleitet worden sein, seinem Wesen sind sie aber fremd. Wer jedoch der aus dem Befehl herauszulesenden Drohung, der Ungehorsam werde geahndet werden, die schuldtilgende Wirkung zuschreiben will, faßt den Befehl als Schuldausschließungsgrund eigener Art auf.[2]) Denn von einer Drohung, die mit dem physischen Zwang auf gleiche Stufe gestellt werden könnte, ist hier nicht mehr die Rede, da der Einfluß, den die Androhung gesetzmäßiger Rechtsfolgen hat, als entscheidend angesehen wird.

Da nur der verbindliche Befehl die Rechtsfolgen des Ungehorsams und somit die Furcht, ihnen zu verfallen, auslösen kann, tritt hier die Frage nach der Verbindlichkeit rechtswidriger Befehle in den Vordergrund. Das wird durch die Literatur bestätigt. Wo immer der Befehl als selbständiger Schuldausschließungsgrund aufgefaßt worden ist, hat man die Tragweite dieser Wirkung von der Verbindlichkeit abhängig gemacht. Diese Konstruktion ist zunächst einem prinzipiellen Bedenken ausgesetzt: wenn der Befehl verbindlich ist, so ist die Gehorsamsleistung eine recht-

---

Rechtfertigungs- oder Schuldausschließungsgrund ist, soll hier offen bleiben. Daß aber widerrechtliche Befehle gänzlich ungeeignet sind, einen Notstand herbeizuführen (vgl. die vorige Anm., ferner die Lehrb. von Schütze S. 107 und Meyer-Allfeld S. 221), sollte keiner Erwähnung bedürfen. Sie erzeugen eine problematische Rechtslage, nicht aber einen Zustand der Gefahr, der doch die erste Voraussetzung des Notstandes ist. Dem Untergebenen, der sich richtig verhält, droht nicht die geringste, demjenigen, der sich falsch benimmt, keine andre Gefahr als die, den gesetzmäßigen Rechtsfolgen eines widerrechtlichen Vorgehens zu verfallen. Somit ist die Vorstellung, der Gehorchende rette sich durch Ausführung des rechtswidrigen Befehls aus einer Gefahr, ganz verkehrt. Selbst von einem Putativnotstand kann keine Rede sein; wenn nämlich der Beamte den widerrechtlichen Befehl in der gründlich falschen Meinung ausführt, er müsse sich so verhalten, um den Rechtsfolgen des Ungehorsams zu entgehen, so glaubt er zwar, ein Übel von sich abzuwenden, als eine Gefahr im Sinne der Notstandslehre kann dieses Übel jedoch nicht aufgefaßt werden. — Gegen diesen ganzen Ideenkreis auch Girginoff a. a. O. S. 33.

1) Ebenso z. B. Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht Bd. I S. 401, Hecker a. a. O. S. 89, van Calker S. 119.

2) So namentlich van Calker in seinem 1891 ersch. Buche, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen insbesondere nach Militärstrafrecht. Die Gründe, die gegen diese Theorie sprechen, ergeben sich aus dem Text. Dagegen sind die Einwände, die Wachenfeld (Krit. Vierteljahrsschrift N. F. Bd. XV 1892, insbesondere S. 452) gegen van Calker vorgebracht hat, insofern nicht stichhaltig, als ihre Basis, „Wenn der Gehorchende schuldlos

mäßige, keineswegs eine bloß nicht zurechenbare Handlung. Daher ist es eine Halbheit, rechtswidrige Befehle als Schuldausschließungsgründe besonderer Art aufzufassen; denkt man den Gedanken zu Ende, so wird man auf die schon von uns abgelehnte Lehre zurückgedrängt, nach der der rechtswidrige Befehl kraft seiner Verbindlichkeit Rechtfertigungsgrund ist.

Aber auch die Voraussetzung der hier interessierenden Theorie, die Annahme eines zugleich rechtswidrigen und verbindlichen Befehls, ist ganz unhaltbar. Diese Behauptung, deren Begründung wir bisher immer zurückgestellt haben, ist nunmehr zu erhärten. Da aber ein so eklatant widerspruchsvolles Gebilde, wie es der rechtswidrige verbindliche Befehl ist, nur auf Grund eines Gesetzes oder eines Rechtsverhältnisses, das keine andere Wahl läßt, anerkannt werden kann, muß hier der Boden der allgemeinen Rechtslehre verlassen und das Gebiet des positiven Rechts betreten werden. Bis zum Beweis des Gegenteils ist die Rechtsordnung immer logisch.

Unsere Untersuchung beschränkt sich auf das geltende Recht [1]) und ist durch nichts veranlaßt, sich beim Privatrecht aufzuhalten. Denn innerhalb der privatrechtlichen Gewaltverhältnisse ist die Gehorsamspflicht in keinem Falle so streng betont, daß ihr ein Vorrang vor der Gesetzestreue zukommen müßte. Insbesondere ist die elterliche Gewalt das gerade Gegenteil einer Rechtsmacht, die für rechtswidrige Befehle Botmäßigkeit in Anspruch nehmen

---

ist, kann von einem Delikt überhaupt nicht die Rede sein. Und umgekehrt, wenn ein Delikt vorliegt, muß den Täter Schuld treffen", unhaltbar ist. Darin aber ist Wachenfeld beizutreten, daß van Calker Rechtmäßigkeit und Schuldlosigkeit nicht gehörig unterschieden hat. Vgl. hierzu auch Graf zu Dohna, Rechtswidrigkeit S. 138 und Bierling, Jurist. Prinzipienlehre Bd. III S. 199. — In heftiger Polemik hat Girginoff a. a. O. (namentlich S. 10/11) die Ausführungen van Calkers angegriffen; da er aber hierbei nicht von dem allerdings anfechtbaren Sinn ausgeht, in dem van Calker die Begriffe „persönliche Schuld", „Recht auf Rechtsgüterverletzung" usw. gebraucht, entsteht ein durchaus verschwommenes Bild.

Auch Bierling (a. a. O. S. 198) ist der Ansicht, daß der verbindliche Befehl als solcher die persönliche Verantwortlichkeit des Untergebenen ausschließt, betont im übrigen aber scharf und richtig, daß, wo der Befehl rechtswidrig ist, es auch die auf Befehl vollzogene Handlung sein muß. Ebenso Stooss, Schweiz. Zeitschr. f. Strafr. Bd. X (1897) S. 372.

1) Historische Studien finden sich in den angegebenen Monographien von van Calker (für das Militärstrafrecht) und von Girginoff, namentlich aber bei Heimberger, Zur Lehre vom Ausschluß der Rechtswidrigkeit, ein geschichtlicher Beitrag, 1907, S. 7, 18, 25, 27, 30, 35—39.

kann. Nur innerhalb des öffentlichen Rechts kann nach Befehlen, die zugleich rechtswidrig und verbindlich sind, gesucht werden; auch hierbei beschränken wir uns zunächst auf den Beamtendienst.

Bei der großen Menge von Rechtssätzen, die Rechte und Pflichte des Beamten regeln, wäre es mißlich, auf Kasuistik angewiesen zu sein und den alle Fälle entscheidenden Grundsatz entbehren zu müssen. Unsere Rechtsordnung proklamiert das Prinzip für Reichsbeamte mit klaren Worten und nicht ohne Größe: „Jeder Reichsbeamte ist für die Gesetzmäßigkeit seiner amtlichen Handlungen verantwortlich" (Reichsbeamtengesetz vom 31. März 1873 § 13).[1] Hiermit ist erklärt: für die Verantwortlichkeit der Reichsbeamten gilt nichts Besonderes, sie bestimmt sich lediglich nach den allgemeinen zivil- und strafrechtlichen Grundsätzen über die Zurechnung rechtswidriger Taten und Unterlassungen. Und diesen Grundsätzen ist die Anerkennung eines verbindlichen Befehls rechtswidrigen Inhalts völlig fremd. Es könnte nur sein, daß das im § 13 l. c. ausgesprochene Prinzip durch einen speziellen Rechtssatz für ein irgendwie abgegrenztes Gebiet aufgehoben oder eingeschränkt wird. Ich weiß keinen zu nennen. Ebensowenig enthalten die den Landesbeamten betreffenden Bestimmungen eine Norm, aus der zu erschließen wäre, es seien rechtswidrige Befehle jemals verbindlich.[2] Allerdings entheben einige Landesverfassungen den gehorchenden Beamten unbedingt[3] oder unter gewissen Voraussetzungen[4] der Verantwortlichkeit; diese Bestimmungen können jedoch nicht angewendet werden, wenn die Befehlsausführung die Verletzung eines Reichsgesetzes[5] oder die nach reichsrechtlichen Prinzipien zu ahndende Verletzung eines Landesgesetzes enthält, denn die allgemeingültigen Normen der Zurechnung können nicht landesrechtlich außer Kraft gesetzt werden. Wir scheiden daher diese Rechtssätze aus und dürfen es umsomehr tun, weil die Lehre,

---

1) Zu beachten § 10 dess. Gesetzes. Vgl. hierzu nam. die Erläuterungen zum Reichsbeamtengesetz von Perels und Spilling, sowie von Pieper (Guttentagsche Sammlung).

2) Andrer Ans. E. Loening, Verwaltungsrecht (1884) S. 123 und Meyer-Anschütz, Staatsrecht (6. Aufl. 1905) S. 513.

3) So die Verf. von Hessen (§ 109) u. Schaumburg-Lippe (§ 63).

4) Sachsen (Ges. v. 1835 § 7) und Württemberg (Verf. § 53) erkennen die Remonstrationstheorie (unten S. 140) an.

5) Ebenso Loening a. a. O.

aus dem Dienstverhältnis des Beamten seien Sondernormen über seine Verantwortlichkeit zu entnehmen, durchaus im Vordergrund steht.

Am eingehendsten hat F. W. Freund den modifizierenden Einfluß des Dienstverhältnisses verteidigt.[1] Er unterscheidet zwei Kategorien von Amtshandlungen, solche, die aus der eigenen Initiative des Beamten hervorgehen, und solche, die auf Befehl eines Vorgesetzten vorgenommen werden. Nur im ersten Falle bestimme sich die Verantwortlichkeit für die Gesetzmäßigkeit des amtlichen Vorgehens nach den allgemein giltigen Grundsätzen, im zweiten Falle sei eine besondere Auslegung erforderlich: „Hier tritt der Begriff des Verwaltungsorganismus dem Begriffe der Verantwortlichkeit entgegen", „eine staatsrechtliche, interne Frage des Beamtenrechts wird bestimmend für die privat- und strafrechtliche externe Frage der Verantwortlichkeit" (S. 114, 115). Da nämlich der Beamte, soweit er seiner Gehorsamspflicht genügt, nicht verantwortlich gemacht werden kann, gilt es, die Grenzen seiner Gehorsamspflicht abzustecken. Und da die Gehorsamspflicht aufhört, wo die Pflicht, nach eigenem Ermessen tätig zu werden, beginnt, ist in letzter Linie die Verantwortlichkeit des Beamten abhängig von seiner Pflicht und seinem Recht, die Gesetzmäßigkeit der ihm erteilten Befehle zu prüfen.

Wie weit reicht diese Prüfungspflicht?[2] Alle erdenklichen Antworten sind im Laufe der Zeiten gegeben worden; die extremen Ansichten, der Untergebene habe überhaupt kein Prüfungsrecht, müsse also blind gehorchen, und andrerseits er habe eine unbeschränkte Prüfungspflicht, dürfe also nur gehorchen, wenn

1) Die Verantwortlichkeit der Beamten für die Gesetzmäßigkeit ihrer Amtshandlungen nach dem Rechte des deutschen Reichs und der größeren Gliedstaaten desselben. Archiv für öff. Recht Bd. I (1886) S. 108ff. u. 355ff.

2) Das ist die Frage, die in den Lehrbüchern des Staats- und Verwaltungsrechtes behandelt wird. Es ist aber unfruchtbar, die Meinungen der einzelnen Autoren zu registrieren, da im wesentlichen überall die im Text im Anschluß an Laband entwickelte Ansicht vertreten wird, während die Differenzen infolge der Unbestimmtheit, in der die maßgebenden Begriffe (Dienstbefehl, Rechtswidrigkeit, Verantwortlichkeit usw.) gelassen werden, und öfters auch infolge von mangelhafter Unterscheidung zwischen abstrakter und konkreter Zuständigkeit oder zwischen Prüfungsrecht und Prüfungspflicht kaum je klar zu Tage treten. Vgl. außer den an anderen Stellen Genannten etwa noch die Lehrb. des Deutschen Staatsrechts von H. Schulze (1881) Bd. I. S. 324, Zorn (2. Aufl. 1895) Bd. I S. 315, Arndt (1901) S. 643, sowie das Bayer. Staatsr. von Seydel (2. Aufl. 1896) Bd. II S. 223.

der Befehl des Vorgesetzten die Probe seiner Kritik bestanden hat, sind so gut vertreten worden wie die vermittelnden Meinungen.[1] Aber erst während des mächtigen Aufschwungs der staatsrechtlichen Doktrin, der mit Labands Namen unauflöslich verknüpft ist, ist das Problem aus der Herrschaft politischer und philosophischer Reflexionen befreit und der juristischen Lösung zugeführt worden. Die von Laband vertretene Lehre[2]) beherrscht heute die Literatur, auch die Ausführungen Freunds, von denen wir ausgegangen sind, ist aber keineswegs immer richtig verstanden worden.

Von der Unmöglichkeit, die Prüfungspflicht auf den Inhalt des Befehls zu erstrecken, geht Laband aus. Wollte man den

---

1) Unter ihnen ist die früher in Literatur und Gesetzgebung viel vertretene (vgl. Laband, Staatsrecht Bd. I S. 432 Anm. 2; Meyer-Anschütz, Staatsrecht 6. Aufl. S. 513, 514) Remonstrationstheorie hervorzuheben, weil sie von der preußischen (§ 79) in die geltende MilStGO (§ 97 Abs. 3) übergegangen ist. Nach dieser Anschauung darf der Untergebene den gesetzwidrigen Befehl nicht sofort ausführen, sondern muß vorher beim Vorgesetzten vorstellig werden; bleibt seine Remonstration erfolglos, so muß er den Befehl ausführen und bleibt von jeder Verantwortung frei. Mit Recht bemerkt Laband hierzu, ein rechtswidriger und an sich nichtiger Befehl könne nicht dadurch Rechtswirksamkeit erlangen, daß er zweimal erteilt wird.

Leider hat nun die MilStGO im § 97 Abs. 3 — „eine der unwürdigsten Bestimmungen des neueren Rechts“ (Binding, Lehrb. des Bes. Tl.s Bd. II S. 770) — folgendes verordnet: „Hält der Militärjustizbeamte eine Weisung, Verfügung oder Entscheidung [des Gerichtsherrn] mit den Gesetzen oder den sonst maßgebenden Vorschriften nicht vereinbar, so hat er dagegen Vorstellung zu erheben. Bleibt diese erfolglos, so hat er der Weisung des Gerichtsherrn, welcher alsdann allein die Verantwortung trägt, zu entsprechen, den Hergang jedoch aktenkundig zu machen. Die Akten sind unverzüglich von dem Gerichtsherrn dem Oberkriegsgerichte zur rechtlichen Beurteiluug der Sache vorzulegen. Diese Beurteilung ist für die weitere Beurteilung der Sache maßgebend.“ Somit wird dem Untergebenen hier nicht nur die Prüfung des Befehls, sondern auch die Remonstration zur Pflicht gemacht; genügt er ihr, so bleibt zwar die Rechtswidrigkeit, wenn sie überhaupt vorhanden ist, bestehen, die Verantwortung trägt aber allein der befehlende Gerichtsherr. Läßt der Kriegsgerichtsrat oder Gerichtsoffizier seine Pflichten aber unerfüllt, so ist er ebenfalls zur Rechenschaft zu ziehen. Da sich aber seine Verantwortlichkeit natürlich nach den allgemeinen Grundsätzen der Zurechnungslehre richtet, also z. B. durch einen verzeihlichen Irrtum ausgeschlossen werden kann, gelangt das Gesetz auf Umwegen zu Resultaten, die, wie unsere Darstellung ergeben wird, prinzipiell gelten. Nur darin, daß der Beamte seine Bedenken äußern muß und sich von ihnen, falls der Gerichtsherr nicht beipflichtet, nicht bestimmen lassen darf, liegt eine Besonderheit. — Vgl. Kleinfeller a. a. O. S. 284/85, woselbst die Bedeutung des § 97 Abs. 3 ganz im gleichen Sinne angegeben wird.

2) Staatsrecht des Deutschen Reichs. 4. Aufl. 1901 Bd. I S. 431—436.

Untergebenen darüber entscheiden lassen, ob der Vorgesetzte die Gesetze richtig angewendet hat, „so würde man das System der Behördenorganisation und die Unterordnung der niederen Behörden unter die oberen nicht nur zerstören, sondern geradezu auf den Kopf stellen . . . . ., es würde demnach nicht das Reichsgericht, sondern der Gerichtsvollzieher, nicht das Finanzministerium oder die Oberzolldirektion, sondern der Zolleinnehmer in Wahrheit die letzte Instanz sein". Die Prüfungspflicht kann also nicht auf den Inhalt des Befehls ausgedehnt werden, „sie erstreckt sich vielmehr lediglich auf die formelle Rechtmäßigkeit der dem Beamten erteilten Vorschrift und zerlegt sich in drei Fragen: Ist die befehlende Behörde kompetent den Befehl zu erlassen? Ist der beauftragte Beamte kompetent die ihm aufgetragene Handlung vorzunehmen? Ist der Befehl in der vorschriftsmäßigen Form erteilt worden?" [1])

Alles scheint dafür zu sprechen, daß durch diese Theorie die unsere Untersuchung beherrschende Frage, ob ein rechtswidriger Befehl verbindlich sein und somit die Schuld des Gehorchenden ausschließen kann, bejaht wird. Dem formell rechtmäßigen Dienstbefehl rechtswidrigen Inhalts scheint bindende Kraft beigelegt zu sein. Es ist nicht der Fall. Es wäre ja auch im höchsten Maße befremdend, wenn ein Befehl wegen eines Formmangels seine Verbindlichkeit einbüßen, sie aber trotz eines im Gesetz nicht begründeten Inhaltes behalten sollte. Die Unterscheidung von formeller und materieller Rechtswidrigkeit ist also weit davon entfernt,

1) Nach Otto Mayer (Deutsches Verwaltungsrecht Bd. II S. 236ff.) hat der Dienstpflichtige zu prüfen, ob ein „Dienstbefehl" vorliegt, und ob er nicht infolge seiner „amtlichen Selbständigkeit" den Gehorsam verweigern muß. Da diese Selbständigkeit in den einzelnen Ämtern verschieden weit reicht, verzichtet Mayer auf eine generelle Entscheidung, sagt aber im Grunde doch nichts anderes, als daß der Untergebene seine abstrakte Zuständigkeit und die andern formellen Voraussetzungen seiner Tätigkeit zu prüfen habe (vgl. die Beispiele S. 240). Daß aber Mayer die übliche Darstellungsweise verschmäht, liegt m. E. lediglich an den unbegründeten Bedenken, die er S. 236 Anm. 7 gegen Laband erhebt (vgl. hierzu S. 122 dieser Abhandlung). Außerdem leiden Mayers Ausführungen wie fast alle Behandlungen des Problems darunter, daß nicht prinzipiell zwischen rechtmäßigen und widerrechtlichen Befehlen unterschieden wird. Wenn die S. 237 geäußerte Meinung, ein auf eine strafbare Handlung gerichteter Befehl könne niemals „Dienstbefehl" sein, richtig wäre, müßte dasselbe von allen rechtswidrigen Befehlen behauptet werden, und dann bestände überhaupt kein Problem mehr; eine Definition des Begriffes Dienstbefehl würde die ganze Frage lösen. — Ähnlich wie Mayer Anschütz in Holtzendorff-Kohlers Enzyklopädie Bd. II S. 591.

auf die Anerkennung verbindlicher Befehle rechtswidrigen Inhalts hinzuführen, ihr liegt eine ganz andere Absicht zugrunde.

Laband untersucht ausgesprochener Maßen die Prüfungspflicht des auf Befehl handelnden Beamten, um die Fälle, in denen ihn Verantwortlichkeit trifft, zu umgrenzen. Es wird also festgestellt, was der Untergebene wissen muß und was er nicht zu wissen braucht, ein Kapitel aus der Irrtumslehre wird behandelt. Welcher Irrtum den Beamten vor den Rechtsfolgen schützt, die an die Ausführung rechtswidriger Befehle geknüpft sind, das soll die Unterscheidung von formeller und materieller Rechtswidrigkeit lehren. Und diese Frage klärt sie in vorzüglicher Weise: Befolgt der Untergebene einen formell rechtswidrigen Befehl, den er für rechtmäßig gehalten hat, so treffen ihn die Rechtsfolgen seines widerrechtlichen Einschreitens, ist ihm aber die materielle Rechtswidrigkeit eines formell rechtmäßigen Befehls verborgen geblieben, so kann er nicht zur Verantwortung gezogen werden.

In diese Gestalt ist die Lehre von der vorher hervorgehobenen Dissonanz zwischen Voraussetzungen und Wirkungen frei; leicht konstatierbare Verletzungen von Entscheidungsnormen, wie die Überschreitung einer Zuständigkeitsgrenze, kann und muß der Untergebene erkennen, die schwerere Prüfung, ob der Befehl materiell den Gesetzen entspricht, wird ihm nicht zugemutet, dazu ist er nicht verpflichtet. Dieses Resultat darf auf allgemeine Zustimmung rechnen; erst die Frage, ob denn der Beamte auch nicht berechtigt ist, den ihm materiell anfechtbar erscheinenden Befehl zu prüfen, führt auf Meinungsverschiedenheiten hin. Spricht man dem Untergebenen dieses Recht zu, so ist damit auch gesagt, daß der materiell rechtswidrige Befehl unverbindlich ist, daß der Beamte, falls er einsichtiger ist als sein Vorgesetzter, den Gehorsam verweigern muß. Diese Konsequenzen wecken aber die Bedenken: „In allen Fällen, in welchen die höhere Instanz eine andere Rechtsansicht wie die niedere festhält, müßte sie auch die Durchführung unmittelbar und ohne Mitwirkung der niedern Instanz übernehmen oder gewärtigen, daß die letztere ihre Dienste verweigert“ (Laband S. 433). Die Bedürfnisse der Disziplin und Verwaltungsorganisation scheinen zu fordern, daß der Untergebene, selbst wenn er die materielle Rechtswidrigkeit des ihm erteilten Befehls erkannt hat, gehorsam die Weisung befolgt.

Diese Bedenken sind gegenstandslos, denn sie beziehen sich auf rechtmäßige Befehle. Nur wenn man die schlechte, aber echte Konkretisierung einer Norm der unechten gleichstellt, also rechtmäßige Befehle für rechtswidrig hält, darf man dem Untergebenen das Prüfungsrecht in materieller Hinsicht nicht einräumen. Hält man aber am Begriff des rechtswidrigen Befehls im oben entwickelten Sinne fest, so muß ihm die bindende Kraft abgesprochen werden. Diesem Begriff unterfallen, wenn der Befehl formell rechtmäßig ist, also den Ausführungsbestimmungen entspricht, bloß die in den auszuführenden Gesetzen potentiell nicht enthaltenen Anordnungen und die schuldhaften Rechtsbeugungen, also Befehle wie etwa der des höheren Postbeamten, alle einlaufenden Briefe bestimmter Provenienz zu öffnen. Wäre der Untergebene, der eine derartige Gesetzwidrigkeit erkannt hat, verpflichtet, gehorsam zu sein, so wäre der Grundsatz, der jedem Beamten die Verantwortlichkeit für seine Handlungen auferlegt, leerer Schall. Auch Laband würde die Befolgung solcher Befehle keineswegs fordern, vielmehr geltend machen: „Geschäfte, zu deren Vornahme eine Behörde nach den bestehenden Rechtsvorschriften nicht befugt ist oder die ihr ausdrücklich untersagt sind, können keine Amtsgeschäfte sein, da das Staatsamt seinem Begriffe nach ein vom Staate zugewiesener und begrenzter Inbegriff von Geschäften ist." Und mit voller Deutlichkeit weist Laband an einer andern Stelle die Meinung, der Untergebene müsse den Befehl selbst dann befolgen, wenn er dessen Widerrechtlichkeit erkannt hat, zurück, nämlich durch die Worte: „Die Gehorsamspflicht ist beschränkt auf gesetzmäßige Dienstbefehle der vorgesetzten Behörde." [1])

Die Unverbindlichkeit des materiell rechtswidrigen Befehls und das ihr korrespondierende Prüfungsrecht, dem eine Prüfungspflicht nicht entspricht, darf somit ohne alle Scheu vor den Konsequenzen anerkannt werden, wenn man nur Rechtsunbeständigkeit und Rechtswidrigkeit gehörig unterscheidet. Allerdings bringen solche Befehle die Disziplin in eine Notlage, aber daran ist einzig

1) Deutsches Reichsstaatsrecht, Neubearbeitung auf der Gundlage der 3. Aufl. des kleinen Staatsrechts, (1907) S. 96. — Ebenso fordern Loening l. c. S. 122 und Rehm (Annalen des Deutschen Reichs 1885 S. 84) nur für rechtmäßige Befehle Gehorsam. In der Hauptsache besteht also zwischen Laband u. Loening keine Differenz (andr. Ans. Loening selbst). Vgl. ferner das Preuß. Staatsr. von Bornhak (1889) Bd. II S. 50 und das v. Stengel (1894) S. 146.



und allein die Untüchtigkeit des Vorgesetzten schuld. Am stärksten ist er belastet, wenn er trotz besseren Wissens die gesetzwidrige Weisung erlassen hat, und nur wenig mildert sich seine Schuld, wenn er die ihn angehenden Entscheidungsnormen so schlecht kennt, daß er rechtlich unmögliche Befehle ausgibt. Unter solchen Umständen Gehorsam zu verlangen, das hieße die Sorgsamkeit, die Gesetzes- und die Diensttreue des unteren Beamten einem untreuen oder einen unbrauchbaren oberen Beamten opfern. Alle beteiligten Faktoren würden darunter leiden, auch die Autorität, die man festigen will.

Glücklicherweise kommt diese Sachlage selten vor; nicht ihr, sondern einer andern, viel häufigeren Konstellation gelten die vorher erhobenen Bedenken. Sie gelten für die Meinungsverschiedenheiten, die zwischen dem Vorgesetzten und dem Untergebenen entstehen und zu Gunsten des Untergebenen zu entscheiden sind; sie beziehen sich auf jene Befehle, die oben mit echten Urkunden unwahren Inhalts verglichen worden sind. Da diese Anordnungen der Anfechtung durch Rechtsmittel oder andere Rechtsbehelfe unterliegen, sind sie der Gruppe der rechtswidrigen Befehle eingereiht worden. Hierin liegt das *πρῶτον ψεῦδος* der ganzen Lehre; denn es ist nicht maßgebend, ob der erteilte Befehl alle Instanzen sieghaft durchlaufen kann, schon wenn eine rechtliche Möglichkeit treu verwirklicht worden ist, muß der Befehl bis zur Aufhebung durch die kompetente Behörde zu den rechtmäßigen gezählt werden. Deswegen ist der Untergebene unbedingt zum Gehorsam verpflichtet. Seine bessere Einsicht ist eine Überlegenheit, die er lediglich auf seinem Privatkonto buchen darf. Wollte er sie auf seine Amtsführung übertragen, so würde er den Standpunkt des nachprüfenden Organs einnehmen, während er allein als Ausführungsorgan Funktionen hat. Somit entscheiden wir die kritischsten Fälle im Ergebnis ganz ebenso wie die herrschende Meinung, nur daß wir den hier interessierenden Befehlen nicht trotz ihrer Rechtswidrigkeit, sondern auf Grund ihrer Rechtmäßigkeit eine über die Meinungen des Untergebenen erhabene Verbindlichkeit zugesprochen haben.

Blicken wir zurück. Die schon an und für sich einleuchtende Unzertrennlichkeit von Rechtmäßigkeit und Verbindlichkeit einerseits und von Rechtswidrigkeit und Unverbindlichkeit andrerseits ist gesichert; sie ist ein Prinzip, das keine Einschränkung

kennt.[1]) Mit der Verbindlichkeit des rechtswidrigen Befehls ist die Möglichkeit, ihn als selbständigen Schuldausschließungsgrund aufzufassen, hinfällig geworden. Daß aber ein rechtswidriger Befehl durch die autoritative Kraft, mit der er ausgestattet ist, Irrtümer erzeugen kann, die als solche der Zurechnung entgegenstehen, diese Einsicht entspricht den Grundsätzen der Imputatationslehre und der Forderung, dem gehorsamen Untergebenen Deckung zu gewähren, gleichmäßig. Ebenso steht sie mit den psychologischen Tatsachen im Einklang. Denn es ist das natürliche Verhältnis, daß der Untergebene seinem Vorgesetzten vertraut und die von ihm erteilten Weisungen für gesetzlich hält. Wie weit er ihm blind vertrauen darf, das allein kann und muß gefragt werden. Und darauf hat das Staatsrecht die Antwort gegeben, es hat festgestellt, in welchen Fällen der rechtswidrige Befehl kraft des Irrtums, den er erzeugt, Schuldausschließungsgrund ist[2]). Die Antwort braucht nicht nochmals wiederholt zu

---

1) Dafür ist namentlich Paul Bauer eingetreten in seiner Abhandlung, „Die rechtlichen Grenzen der Gehorsamspflicht und die Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen" (Annalen des Deutschen Reichs 1902 S. 886 bis 902). Wenn der Empfänger des Befehls die Rechtswidrigkeit der ihm angesonnenen Handlung erkannt hat, zessiert schlechterdings jede Gehorsamspflicht (S. 890); das ist der Grundgedanke des Aufsatzes. Mit Recht spricht ihm Bauer auch Gültigkeit für das Militärstrafrecht zu (vgl. unten V), scheitert aber in der Erhärtung dieser Behauptung vollständig, da sein Beweis auf einer Verwischung der im § 47 MilStGB aufgestellten Unterscheidungen beruht (S. 899). — Bauers Ergebnisse stimmen vollständig mit denjenigen Labands überein, was Bauer durchgehends (bes. S. 889) verkennt, obwohl er es S. 897 Anm. 1 implicite einräumt (vgl. auch S. 891/92); denn zwar aus Freunds, nicht aber aus Labands Theorie folgt, daß der Untergebene kein Recht habe, die materielle Rechtmäßigkeit des Befehls zu prüfen; nur die Prüfungspflicht erstreckt sich nicht so weit.

2) Hiermit ist das Ergebnis der staatsrechtlichen Forschung in die strafrechtliche Systematik eingefügt. In der Literatur wird diese Verbindung nur von Kleinfeller (siehe unten), jedoch der Gedanke, daß der rechtswidrige Befehl kein eigenartiger, sondern ein auf den Irrtum zurückzuführender Schuldausschließungsgrund ist, öfters vertreten. So hat W. Brauer schon 1856 im Gerichtssaal Bd. VIII, 1 S. 381 ff. ausgeführt, daß der auf Befehl handelnde Beamte nur dann von Verantwortlichkeit frei bleibt, wenn er sich in einem entschuldbaren Irrtum befunden hat (vgl. bes. S. 384 u. 388); eine scharfe Umgrenzung der Fälle, in denen der Irrtum entschuldbar ist, ist Brauer aber nicht gelungen, konnte schon deswegen nicht gelingen, weil er von der Annahme einer unbeschränkten Prüfungspflicht des Beamten ausgeht. In schroffem Gegensatz hierzu spricht Brauer dem Soldaten, der nicht wie der Beamte dem Vorgesetzten „untergeordnet", sondern ihm „unterworfen" sei, jedes Prüfungsrecht ab, tritt also hier für blinden Gehorsam ein. — Auch P. Bauer kommt in der oben Anm. 1. zit. Abhandlung zu dem Ergebnis

werden, höchstens könnte man ihre Einreihung in die Irrtumslehre erwarten. Da aber die Judikatur der Strafsenate des Reichsgerichts auf einer bloß willkürlich durchführbaren Unterscheidung beruht [1]), und keine andere Lehre als herrschende bezeichnet werden darf, muß es genügen, darauf hinzuweisen, daß jede Behandlung der Materie in irgend einer Form zwischen wesentlichen und unwesentlichen Irrtümern unterscheiden muß, womit der Anknüpfungspunkt gegeben ist. Ich für meinen Teil halte (abgesehen vom Falle des § 59 Abs. 1 StGB.) denjenigen Irrtum für wesentlich, der unvermeidlich ist und es daher dem Täter unmöglich macht, die Pflichtwidrigkeit seiner Handlung zu erkennen [2]), und glaube, daß dieser allgemeine Grundsatz unmittelbar auf den hier interessierenden speziellen hinleitet. Von dem Beamten, dem der Vorgesetzte einen formell rechtmäßigen, inhaltlich rechtswidrigen

---

(S. 901): „. . . aus § 59 StGB ist meiner Ansicht nach die Straflosigkeit auf Befehl begangener Gesetzesverletzungen herzuleiten." Und da der Verfasser dieses Resultat ausdrücklicklich verteidigt, ist es umso unbegreiflicher, daß er anfangs (S. 887) der Frage, ob § 52 oder 59 StGB in Betracht komme, nur „untergeordnete theoretische Bedeutung" beimißt. — Völlig zutreffend ist in der jüngsten Behandlung der Materie, in Kleinfellers oben S. 123 zit. Bearbeitung, ausgeführt (S. 287), daß der Untergebene die formelle Rechtmäßigkeit des Befehls (die drei Fragen Labands) zu prüfen hat und, falls er sich hierbei irrt, „durch seinen guten Glauben an die Rechtmäßigkeit des Befehls" gedeckt ist. Da Kleinfeller jedoch den Untergebenen andrerseits nur verantwortlich machen will, wenn er erkannt hat, „daß die Absicht des Vorgesetzten auf eine strafbare Handlung gerichtet ist", entsteht ein Zwischengebiet, für das die Entscheidung fehlt. — Vgl. ferner noch Hälschner, Gem. deutsches Strafr. I S. 401, Berner, Lehrb. S. 102 und van Calkers Vorschlag de lege ferenda (a. a. O. S. 50), woselbst dem Prinzipe nach die richtige Ansicht zum Ausdruck kommt. — Über Geyers Ansicht oben S. 135. — Endlich ist hier das einzige Urteil zu erwähnen, das das Reichsgericht — von der vielfach anfechtbaren Judikatur zu § 113 StGB wird hier abgesehen — in unserer Materie gesprochen hat, weil die hier vertretene Lehre in manchen Punkten mit ihm übereinstimmt. Die wichtigste Stelle lautet: „Blinder Gehorsam gegenüber den Befehlen des Vorgesetzten ist in der Amtspflicht nicht begründet; durch solchen Gehorsam wird daher an dem rechtswidrigen Charakter der Handlung nichts geändert. Daß der Angeklagte des fraglichen dolosen Deliktes sich nicht schuldig gemacht haben würde, wenn er den Befehl seines Vorgesetzten ausgeführt, ohne ihn auf seine Rechtmäßigkeit zu prüfen, oder im guten Glauben, daß er den Gesetzen gemäß sei, ist selbstverständlich; wenn aber, wie festgestellt ist, Angeklagter wußte, daß der ihm erteilte Befehl ein ungesetzlicher war, so kann ihn dieser Befehl an sich nicht decken." Entsch. in Strafsachen Bd. VI S. 440.

1) Vgl. namentlich Kohlrausch, Irrtum und Schuldbegriff 1903 S. 118ff.

2) Rechtsnormen und Kulturnormen S. 83 (86).

Befehl gibt, kann nicht, von jenem, dem eine außerhalb der Kompetenz der Behörde liegende Weisung erteilt wird, unter allen Umständen verlangt werden, daß ihm die Pflichtwidrigkeit bewußt wird. „Die Pflicht, zu prüfen, ob ein Beamter zur Vornahme solcher Handlungen, wie die ihm aufgetragene, im allgemeinen befugt sei, mutet demselben auch keine Entscheidung zu, welche seine geistigen Kräfte übersteigt . . .“ (Laband S. 435).

Hiermit ist nun auch festgestellt, daß § 13 des Beamtengesetzes in keiner Weise für die auf Befehl vorgenommenen Handlungen eine besondere Auslegung erfordert; es ist in allen Fällen auf den einen die Zurechnung beherrschenden Schuldbegriff und den ihn negierenden wesentlichen Irrtum zurückzugehen. Der widerrechtliche Befehl darf in den strafrechtlichen Systemen lediglich als ein Umstand, der entschuldigende Irrtümer herbeiführt, erwähnt werden;[1]) wo ihm in anderem Zusammenhang Beachtung geschenkt wird, beruht die Lehre in letzter Linie auf einer Verkennung des Begriffs des rechtswidrigen Befehls. — —

Wir haben von der Verkennung und Befolgung, sowie von der richtigen Erkennung und Nichtbefolgung des rechtswidrigen Befehls gesprochen, jedoch noch nicht von den umgekehrten Möglichkeiten. Sie dürfen nicht übergangen werden. Wie ist zu entscheiden, wenn der verkannte gesetswidrige Befehl nicht befolgt, wie wenn der richtig erkannte gesetzwidrige Befehl befolgt worden ist?

Der erste Fall kann nur unter disziplinären Gesichtspunkten Bedeutung gewinnen. Wird der irriger Weise als rechtmäßig angesehene Befehl nicht befolgt, so unterbleibt eine gesetzwidrig anbefohlene Handlung, etwas Unrechtes wird vermieden. Da aber der Beamte, dem die Rechtswidrigkeit des Befehls nicht klar geworden ist, keinen Grund hatte, unfolgsam zu sein, muß er seine Unfolgsamkeit vertreten. Sie kann auf Trägheit, Vergeßlichkeit, einem zweiten Irrtum, der den ersten (über die Rechtswidrigkeit) paralysiert hat, oder auf anderen Umständen beruhen, jedenfalls aber kommen nur disziplinäre Maßnahmen in Frage, über die ex aequo et bono zu befinden ist.

1) Hiermit steht im Einklang, daß der Vorgesetzte entweder als mittelbarer Täter oder als Anstifter zur Verantwortung zu ziehen ist, je danach ob der Untergebene durch seinen Irrtum entschuldigt ist oder nicht, sowie daß die Herbeiführung oder Beförderung eines Irrtums Anstiftungsmittel ist (StGB § 48).

Dagegen verbirgt sich in der zweiten Möglichkeit eine Rechtsfrage. Der Untergebene hat sich über die Rechtswidrigkeit nicht geirrt, er wußte z. B., daß der Befehl einem ausdrücklichen gesetzlichen Verbot zuwider läuft, hat die Weisung aber trotzdem, also seiner Pflicht zuwider, befolgt. Da diese Befolgung, wenn nicht singuläre Umstände mitspielen, auf einem Irrtum über die Verbindlichkeit des Befehls beruhen muß, teilt der Beamte den Irrtum derjenigen Schriftsteller, die einen rechtswidrigen Befehl unter gewissen Voraussetzungen für verbindlich halten. Wiederum handelt es sich lediglich um eine Schuldfrage, da der rechtswidrige Charakter der Handlung zweifellos ist. Und sofern man sich nur hütet, den Irrtum über die Verbindlichkeit[1]) mit dem Irrtum über die Rechtswidrigkeit des Befehls zu verwechseln, steht die Entscheidung vor keinen anderen Schwierigkeiten als vor den in den Prinzipien der Irrtumslehre enthaltenen. Die Strafsenate des Reichsgerichts müßten den Irrtum für relevant halten, da er sich nicht auf ein Strafgesetz bezieht; es ist ein Irrtum über staatsrechtliche Normen, der dem Tatirrtum gleich steht. Von dem Standpunkt aus, den ich für richtig halte, läßt der Fall keine generelle Entscheidung zu; vielmehr muß unter Berücksichtigung der Umstände des Falls — der Beamte kann falsch oder richtig instruiert worden sein, auf niederer oder hoher Bildungsstufe stehen usw. — geprüft werden, ob die Vermeidung des Irrtums gefordert und somit der Vorwurf der Pflichtwidrigkeit erhoben werden kann. (Vgl. oben S. 146.)

V. Der rechtswidrige Befehl nach dem Militärstrafgesetzbuch

und nach der Seemannsordnung[2]).

Unter der unzutreffenden Abschnittsüberschrift „Teilnahme" bestimmt das MilStGB im § 47: „Wird durch die Ausführung

1) Der Irrtum über die Verbindlichkeit, der nicht zugleich Irrtum über die Rechtswidrigkeit ist, wird kaum je berücksichtigt. Binding, der es ablehnt, die Straflosigkeit des Untergebenen auf den Irrtum über die Widerrechtlichkeit zu stützen (Handb. S. 804), erkennt den Irrtum über die Verbindlichkeit für gewisse Fälle an (S. 806).

2) Es besteht kein Grund, das öffentlichrechtliche Gewaltverhältnis, auf dem die Gehorsamspflicht des Schiffsmannes gegenüber den Befehlen des Schiffskapitäns beruht, besonders zu behandeln; denn für dieses Rechtsverhältnis gelten die im vorigen Abschnitt (IV) entwickelten Rechtsnormen uneingeschränkt. Daran könnte man nur zweifeln, wenn

eines Befehls in Dienstsachen ein Strafgesetz verletzt, so ist dafür der befehlende Vorgesetzte allein verantwortlich. Es trifft jedoch

---

die Seemannsordnung vom 2. Juni 1902 eine besondere Bestimmung enthielte, die der im MilStGB § 47 aufgestellten vergleichbar wäre. Das ist indessen nicht der Fall; insbesondere kann aus dem § 34 der SeemO, der den Schiffsmann verpflichtet, „in Ansehung des Schiffsdienstes den Anordnungen des Kapitäns, der Schiffsoffiziere und seiner sonstigen Dienstvorgesetzten unweigerlich Gehorsam zu leisten", nichts Gegenteiliges herausgelesen werden. Diese Gesetzesstelle erhebt die in den Bedürfnissen der Schiffahrt wurzelnde Gehorsamspflicht zur Rechtspflicht, ist aber weit davon entfernt, ihr eine Ausdehnung einzuräumen, die über die Normen der seemännischen Kultur oder über die Grundsätze des Rechtsstaates hinausginge. Es kann also nicht davon die Rede sein, daß der Schiffsmann auch rechtswidrigen Befehlen Gehorsam leisten muß (so z. B. Binding, Handb. S. 806, Girginoff S. 74). Namentlich kann hierfür nicht der Umstand, daß § 34 „unweigerlichen" Gehorsam fordert, in Anspruch genommen werden; denn dieser Passus sagt, wie gehorcht werden soll, berührt aber in keiner Weise die Frage, unter welchen Voraussetzungen gehorcht werden muß.

Wenn es noch eines Beweises bedarf, daß dieser Standpunkt richtig ist, so liegt er darin, daß die Seemannsordnung die Befugnisse des Kapitäns fast ängstlich (vgl. § 57), jedenfalls aber sorgfältig umgrenzt (§ 91, 111, 113, 114 u. a.) und andrerseits den Schiffsmann mit Strafe bedroht nur für den Fall, daß er „den schuldigen Gehorsam" verweigert (§§ 100 u. 101, für § 96 Ziff. 2 kann nichts anderes gelten); außerdem setzt die SeemO an mehreren Stellen (§ 41, § 86, § 91 Abs. 3) ausdrücklich fest, welchen Gehorsam der Schiffsmann seinen Vorgesetzten schuldig ist. So ist das ganze Gesetz von einem Geiste durchweht, der der Anerkennung einer unbedingten Befehlsgewalt und eines blinden Gehorsams durchaus feindlich ist. Im übrigen kann die Gehorsamspflicht auf einem Kauffahrteischiffe nicht strenger betont sein als auf einem Kriegsschiffe, und in militärischen Verhältnissen sind widerrechtliche Befehle, wie sich zeigen wird, in keinem Falle verbindlich.

Die auf dieser Grundlage sich ergebenden Resultate sind befriedigend; denn so wenig wie im Beamten- kommt es im Schiffsdienst darauf an, daß das befohlene Unrecht zur Ausführung gelangt, vielmehr konzentriert sich das Interesse darauf, daß Unrecht, falls es auf Befehl verwirklicht worden ist, dem Gehorchenden nicht zugerechnet wird. Und diesem Interesse ist in vollem Maße Rechnung getragen. Allerdings aber wären unsere Ergebnisse sehr anfechtbar, wenn man jeden Befehl des Schiffers, der nach Beendigung der Reise vom Seemannsamt verworfen werden kann, für rechtswidrig halten wollte (vgl. oben S. 130). Wenn ein Kapitän z. B. befiehlt, Ladung über Bord zu werfen, weil nach seiner ehrlichen Überzeugung diese Maßnahme nötig ist, um eine drohende Gefahr abzuwenden, so ist jener Befehl unbedingt rechtmäßig (HGB § 700, SeemO § 41); weigert sich ein Schiffsmann, dem Befehl nachzukommen, weil er die Preisgabe der Waren nicht für erforderlich hält, so hat er seine Gehorsamspflicht verletzt, und zwar selbst dann, wenn sich seine Beurteilung der Sachlage nachträglich als die richtige herausstellt.

den gehorchenden Untergebenen die Strafe des Teilnehmers[1]: 2) wenn ihm bekannt gewesen, daß der Befehl des Vorgesetzten eine Handlung betraf, welche ein bürgerliches oder militärisches Verbrechen oder Vergehen bezweckte.“

Die Stelle regelt ausgesprochener Maßen die Verantwortlickeit[2] des Untergebenen und des Vorgesetzten und ist weit davon entfernt, rechtswidrige Handlungen zu rechtfertigen. Und wenn sie sich auch auf rechtmäßige Befehle bezieht, (vgl. Ziff. 1), ihr Hauptzweck ist es, die Verantwortlichkeit für rechtswidrige Befehle festzustellen, was aus Ziffer 2 deutlich hervorgeht. Daher steht die beliebte Behauptung[3], ein widerrechtlicher Befehl sei niemals „Befehl in Dienstsachen“, in Widerspruch mit dem positiven Recht, ist aber auch an und für sich unhaltbar, da ihr eine Verwechslung von abstrakter und konkreter Zuständigkeit zu Grunde liegt.

Eine außerhalb der abstrakten Zuständigkeit des Befehlenden liegende Weisung ist allerdings alles eher, als ein Befehl in Dienstsachen, sie ist nämlich überhaupt nicht Befehl eines Vorgesetzten. Denn die abstrakte Zuständigkeit deckt sich in militärischen Verhältnissen mit der Vorgesetzten-Eigenschaft, sie reicht soweit als die Kommandogewalt. Wenn also feststeht, daß jemand als Vorgesetzter befohlen hat, so ist auch zweifellos, daß er innerhalb seiner abstrakten Kompetenz gehandelt hat.

---

1) Ziff. 1 betrifft die Überschreitung des Befehls und hat somit hier kein Interesse.

2) Daher wird auch die Straflosigkeit des Untergebenen in der militärrechtlichen Literatur meistens auf subjektive Entschuldigungsgründe gestützt. So außer van Calker, Hecker (vgl. oben S. 131 Anm.) u. a. Herz und Ernst in ihrem Strafrecht der Militärpersonen (1905) Note 8 zu § 47, Weiffenbach in der Holtzendorff-Kohlerschen Enzyklopädie Bd. II S. 418 („Dem Untergebenen fehlt der strafrechtliche Vorsatz“); auch Birkmeyer (Militärstrafrecht in seiner Enzyklopädie 2. Aufl. 1904 S. 1212) ist hierher zu rechnen, da er für das militärische, wie für das gemeine Strafrecht die Meinung, der Befehl nehme der auf Befehl begangenen strafbaren Handlung den Charakter der Rechtswidrigkeit, entschieden zurückweist.

3) Vgl. z. B. van Calker a. a. O. S. 112, Birkmeyer a. a. O., Koppmann-Weigel, Kommentar zum MilStGB 3. Aufl. 1903 Note 11 zu § 47.

Dagegen zutreffend: Das Reichsmilitärgericht Entsch. Bd. I S. 63 (weswegen auch die Definition ebenda S. 105 unrichtig ist), ferner Girginoff a. a. O. S. 97, Kröll, Die Bedeutung des Befehls nach Militärstrafrecht (Breslauer Diss. 1904) S. 22. Die Auslegung des § 47 ist aber durch Kröll im ganzen nicht gefördert worden.

Daher ist eine Überschreitung dieser Kompetenz, wo immer die Befehlsgewalt auf dem Rang beruht, überhaupt undenkbar. Wenn ein Offizier einem Gemeinen „etwas" befohlen hat, so war er dazu unbedingt abstrakt zuständig, mag sich der Befehl auf eine Dienst- oder Privatsache bezogen haben, berechtigt oder widerrechtlich gewesen sein[1]). Nur wenn die Befehlsgewalt auf der Funktion beruht[2]), kann eine Überschreitung der abstrakten Zuständigkeit in Frage kommen, denn die Funktion (Dienststellung) ist zugleich der Grund und die Schranke der Befehlsgewalt und somit der Vorgesetzten-Eigenschaft. Wenn z. B. der Exerziergefreite seinen Rekruten einen Befehl erteilt, der sich nicht auf den Exerzierdienst bezieht, so hat er seine abstrakte Kompetenz überschritten, er hat als Nichtvorgesetzter befohlen. Das gleiche gilt, wenn der Exerziergefreite Rekruten, die nicht „seine" Rekruten sind, einen Exerzierbefehl erteilt; hier würde die persönliche abstrakte Zuständigkeit, die in militärischen Dingen überall die örtliche ersetzt, fehlen. Da somit dem Befehl des Vorgesetzten ausnahmslos abstrakte Zuständigkeit zukommt, hat dieser Begriff in unserer Untersuchung ex definitione keine Bedeutung.

Ganz ebenso verhält es sich mit dem zweiten die formelle Rechtmäßigkeit bedingenden Merkmal, mit der Wahrung der vorgeschriebenen Förmlichkeiten. Für die Befehle in Dienstsachen ist nämlich jedwede Förmlichkeit unwesentlich. Auch der in der Form der Aufforderung, des Ersuchens oder der rhetorischen Frage dem Untergebenen erklärte Wille kann Befehl in Dienstsachen sein. Nur ein Merkmal ist wesentlich: Die anbefohlene Handlung oder Unterlassung muß ihrem Inhalte nach „Dienst" sein, also in den Berufskreis des Soldaten, so wie ihn die militärische Kultur nach Maßgabe der Kriegs- und Friedensaufgaben umschreibt, hineinfallen. Da somit der in Dienstsachen erteilte Befehl eines Vorgesetzten der abstrakten Zuständigkeit nicht ermangeln kann und an keine Förmlichkeit gebunden ist, gibt es zunächst jedenfalls in Dienstsachen keine formell

---

1) Dies in voller Übereinstimmung mit Labands Darstellung der militärischen Gehorsamspflicht (Staatsrecht Bd. IV S. 148): für das, was dienstlich befohlen werden kann, gibt es keine rechtlichen Grenzen.

2) Näheres hierüber und über den Begriff des Vorgesetzten überhaupt in meinem Deutschen Militärstrafrecht Bd. II S. 10ff.

rechtswidrigen Befehle.[1] Materiell rechtwidrige sind jedoch eine widerspruchslose Erscheinung. So ist z. B. die Anordnung, von der Waffe Gebrauch zu machen, stets ein Befehl in Dienstsachen, kann aber rechtmäßig oder widerrechtlich ergangen sein.

Vom Befehl in Dienstsachen ist der Dienstbefehl scharf zu trennen; für ihn ist das jenem fehlende Merkmal, die Form, charakteristisch, dagegen der Inhalt, der den Befehl in Dienstsachen kennzeichnet, belanglos. Jeder in dienstlicher Befehlsform ergehende Befehl ist Dienstbefehl; es ist also weiter nichts erforderlich, als daß die Willenserklärung sich äußerlich als Imperativ kund gibt. Ob das solchermaßen anbefohlene Verhalten eine Dienst- oder Privatsache betrifft, ist gleichgültig. Daher bilden Dienstbefehle und Befehle in Dienstsachen keinen Gegensatz, vielmehr ergehen die meisten Befehle in Dienstsachen als Dienstbefehle. Nur die in Privatsachen erteilten Dienstbefehle einerseits und die Befehle in Dienstsachen andrerseits sind voneinander geschiedene Gruppen.[2]

Von einer detaillierten Ausführung dieser allgemein verkannten Begriffsbestimmungen[3] sehe ich hier ab, da ich die Frage schon mehrfach behandelt habe.[4] Wenn ich aber das Richtige getroffen habe, so ist die in unserer Materie wichtige und für die Abgren-

1) So schon Brauer im Gerichtssaal Bd. VIII, 1 (1856) S. 393: „Auch kommen bei dem militärischen Dienstbefehle die äußeren Garantien, welche beim zivildienstlichen Befehle entscheidend sind, gesetzliche Form desselben und Kompetenz des Befehlenden, nicht in Betracht. Denn . . .“ Es folgt eine zutreffende Begründung. — Die oben S. 126/27 erwähnte weitere Voraussetzung der formellen Rechtmäßigkeit ist in den hier interessierenden Verhältnissen gegenstandslos.

2) Die von van Calker S. 99 aufgestellte Unterscheidung „Befehle in Dienstsachen, Dienstbefehle und Befehle in Privatangelegenheiten“ ist undurchführbar, da die meisten in Dienst- und alle in Privatangelegenheiten ergehenden Befehle Dienstbefehle sind.

3) Vgl. die Kommentare zum MilStGB (§ 47 u. § 92), ferner etwa noch Girginoff S. 98ff. und von Nostitz-Wallwitz, Das mil. Delikt des Ungehorsams (1906) S. 32. — Der richtigen Ansicht kommt am nächsten Gerland, Kritische Vierteljahrsschrift, Dritte Folge Bd. IX (1904) S. 461—463, doch sind auch seine Ausführungen nicht frei von Irrtümern. Unrichtig ist der Satz: „Der Begriff Befehl in Dienstsachen ist der engere gegenüber den ihn mitumspannenden weiteren Begriff Dienstbefehl“; vielmehr verhalten sich die Begriffssphären wie zwei sich schneidende Kreise. Unrichtig ist auch die Behauptung, das Kriterium des Dienstbefehls sei „einzig und allein die Stelle, von welcher er ausgeht“ (S. 462).

4) Vergleichende Darstellung Bes. Tl. Bd. I S. 391, Deutsche Juristen-Ztg. Bd. XII (1907) S. 854, Deutsches Militärstrafrecht Bd. I S. 71.

zung des Militärstrafrechts vom Disziplinarstrafrecht grundlegende Unterscheidung (vgl. § 92 MilStGB) doch nur gelungen, weil sie in Labands scharf herausgearbeiteter Definition von Gesetzen im formellen und Gesetzen im materiellen Sinne vorgebildet gewesen ist. Das Verhältnis der beiden Begriffssphären ist hier das gleiche wie dort. Der Dienstbefehl ist die militärische Anordnung im formellen, der Befehl in Dienstsachen die militärische Anordnung im materiellen Sinne. So gründet sich auch dieser spezielle Teil unserer Untersuchung auf eine Lehre Labands.

In einer Beziehung gilt von den Dienstbefehlen, die in Privatsachen ergehen und deswegen eine besondere Gruppe bilden, ganz dasselbe wie von den Befehlen in Dienstsachen; sie können zwar materiell, aber nicht formell rechtswidrig sein. Allerdings ist dem Dienstbefehl eine Form wesentlich, aber doch, wenn er Privatsachen betrifft, nur die im Begriff des Befehls liegende. Daher negiert hier der Mangel der Form den Begriff des Dienstbefehls, gerade wie der Mangel der Zuständigkeit den des Vorgesetzten aufhebt.

Hiermit soll keineswegs gesagt sein, daß wir an jenen Mängeln stillschweigend vorübergehen dürfen, wohl aber, daß die im Beamtendienst an die Voraussetzung der formellen Rechtmäßigkeit geknüpften Wirkungen im Militärdienst der Grundlage entbehren. Es handelt sich um ähnliche, nicht aber um dieselben Erscheinungen. Allerdings besteht darin eine völlige Gleichheit, daß der Befehl des Nichtvorgesetzten und in Privatsachen der Nichtbefehl des Vorgesetzten so wenig bindend ist, wie der formell rechtswidrige Beamtenbefehl, weswegen die Gehorsamsverweigerung in keinem Falle bestraft werden kann. Dagegen hat der Irrtum über die Momente, die den Platz der formellen Rechtswidrigkeit einnehmen, insofern seine eigene Bedeutung als er keinesfalls immer irrelevant ist. Der Irrtum besteht entweder darin, daß ein Untergebener den in einer Privatsache geäußerten, materiell widerrechtlichen Willen eines Vorgesetzten als bindenden Befehl auffaßt, oder darin, daß er den Nichtvorgesetzten, der einen widerrechtlichen Befehl ordnungsgemäß erteilt hat, für einen Vorgesetzten hält. Hiermit ist die Entscheidung der Fälle — der letzte hat sich im Herbst 1906 in Köpenick abgespielt — auf die große Heerstraße der Irrtumslehre übergeführt. Denn es frägt sich nur noch, ob der Irrtum vermeidlich war. War er es, so hat der Untergebene sein rechtswidriges Verhalten zu verantworten, war er unvermeidlich, so

ist ganz ebenso zu entscheiden, als ob in der Tat „ein Vorgesetzter" „befohlen" hätte. Und wie das Urteil unter dieser Voraussetzung zu fällen ist, soll nunmehr gezeigt werden. Hierbei gewinnt der Unterschied von Dienstbefehlen und Befehlen in Dienstsachen Bedeutung.

Für die Dienstbefehle gelten, da sie im § 47 nicht erwähnt werden, die allgemeinen, vorher unter IV entwickelten Regeln, (soweit sie nicht eben ausgeschlossen worden sind). Daran ist umso weniger zu zweifeln, weil die kraft Gesetzes an den Befehl in Dienstsachen geknüpften Besonderheiten mit jenen Regeln durchaus übereinstimmen, wovon nachher die Rede sein wird.

Somit ergibt sich: der rechtswidrige, eine Privatsache betreffende Dienstbefehl eines Vorgesetzten ist niemals verbindlich.[1] Hat ihn der Untergebene befolgt, obwohl er sich der Rechtswidrigkeit bewußt geworden ist, so ist er stets verantwortlich, es sei denn, daß er trotz dieses Bewußtseins sich für verpflichtet gehalten hat, den Befehl auszuführen, sich also über die Verbindlichkeit des Befehls geirrt hat (vgl. oben S. 148). Hat dagegen der Untergebene den Befehl befolgt, weil er ihn irrig für rechtmäßig gehalten hat, so kann ihm die Handlung nicht zugerechnet werden, sein Irrtum — es ist ein Irrtum über die materielle Rechtswidrigkeit — entschuldigt ihn.[2] Ist der rechtswidrige Dienstbefehl nicht befolgt worden, so stehen nur die Rechtsfolgen des Ungehorsams[3] in Frage; sie dürfen nicht eintreten, wenn die Gehorsamsverweigernng auf Erkenntnis der Rechtswidrigkeit beruht, wären dagegen nicht unstatthaft, wenn der Untergebene aus anderen Gründen unfolgsam gewesen ist (vgl. oben S. 147).

Diese Rechtssätze sind kürzlich in einem viel bemerkten Fall, der gerade den bestrittensten Teil ihres Inhaltes beleuchtet, praktisch geworden. Im Februar haben die Zeitungen („Straßburger Post" 1908 Nr. 187) von einem Vizefeldwebel berichtet, der kriegsgerichtlich verurteilt worden ist, weil er seine Exerzierabteilung,

---

1) Daher geht Laband Bd. IV S. 148 mit der Behauptung, der militärische Untergebene sei allen dienstlichen Befehlen Gehorsam schuldig, entschieden zu weit, und zwar auch wenn unter dienstlichen Befehlen hier Befehle in Dienstsachen verstanden werden sollen (vgl. Laband selbst ebenda Anm. 2).

2) Zutreffend Hecker, Lehrb. S. 92: Bei der Befolgung von Dienstbefehlen ist der Untergebene stets mitverantwortlich, „wenn ihn nicht Irrtum schützt".

3) Sie gehören lediglich dem Disziplinarstrafrecht an, da bloß der Ungehorsam gegen Befehle in Dienstsachen kriminell bedroht ist; vgl. MilStGB § 92.

zu der neben anderen Mannschaften ein Unteroffizier und Einjährige gehörten, statt zur Übung in eine Bierwirtschaft kommandiert hatte. (Die Verantwortlichkeit der Mannschaften, die hier allein interessiert, richtet sich nicht etwa nach § 47, denn der Wirtshausbesuch ist weder eine Dienstsache, noch eine tatbestandsmäßige Handlung). Die Untergebenen haben den Befehl zögernd und erst, nachdem der Vizefeldwebel erklärt hatte, er übernehme für alles die Verantwortung Folge geleistet. Trotzdem hat der Unteroffizier seine Folgsamkeit mit drei Wochen, die Einjährigen haben sie mit 14 Tagen Mittelarrest büßen müssen, die anderen sind straffrei geblieben. Diese verschiedene Behandlung ist nur so zu erklären, daß man bloß den ersteren als den militärisch besser bewanderten oder allgemein besser gebildeten Leuten die Erkenntnis der Rechtswidrigkeit zugetraut hat. Hiermit allein ist die Bestrafung jedoch noch nicht gerechtfertigt; sie setzt ferner die Feststellung voraus, daß sich die Untergebenen auch über die Unverbindlichkeit des in seiner Rechtswidrigkeit erkannten Befehls klar gewesen sind oder doch hätten klar sein können und sollen. Ob diese Feststellung getroffen worden ist, weiß ich nicht, aber es ist sehr unwahrscheinlich, daß sie mit Fug getroffen werden konnte, weil nämlich die Instruktionen besten Falls so zu lauten pflegen, daß der Soldat, erst wenn es sich um Mord und Totschlag handelt, an der Verbindlichkeit von Befehlen zu zweifeln wagt. Jedenfalls haben sich die Bestraften, wenn die Zeitungen richtig berichten, in diesem Sinne entschuldigt. Konnte ihre Verteidigung nicht entkräftet werden, so ist die Bestrafung ungerecht gewesen.

Auch für die das militärische Leben beherrschenden Befehle, für die Befehle in Dienstsachen, gelten, wenn sie die Befolgung einer rechtswidrigen, aber nicht mit krimineller Strafe bedrohten Handlung anordnen, die allgemeinen Grundsätze, denn der § 47 spricht nur von einer Handlung, durch die ein Strafgesetz verletzt wird. Daher untersteht insbesondere der Befehl in Dienstsachen, durch den eine Disziplinarverfehlung gefordert wird, den gleichen Regeln wie ein Dienstbefehl in Privatsachen[1]), d. i. den vorher rekapitulierten.

1) Schon aus diesem Grunde, aber auch aus anderen kann nicht behauptet werden, das Gesetz habe dafür Sorge getragen, „daß Befehle in Dienstsachen unbedenklicher und prompter ausgeführt werden als bloße Dienstbefehle." So Hecker in der unter dem Titel „Über das Verhältnis des Zivilstrafrechts zum Militärstrafrecht etc." erschienenen Sammlung seiner Aufsätze (1885) S. 59. —

Und die Entscheidung des besprochenen praktischen Falles bleibt somit dieselbe, auch wenn man in der Anordnung des Vizefeldwebels einen Befehl in Dienstsachen erblicken zu können glaubt. Richtet sich der Befehl in Dienstsachen jedoch auf eine tatbestandsmäßige Handlung, so greift der oben zit. § 47 ein, der wiederum danach unterscheidet, ob die (anbefohlene Handlung Verbrechen oder Vergehen oder ob sie Übertretung ist.

Ist sie Verbrechen oder Vergehen, gleichviel ob gemeines oder militärisches, so ist der Untergebene nur verantwortlich, wenn er das Bewußtsein der Strafbarkeit gehabt hat.[1]) Diese Bestimmung bringt der § 47 insofern undeutlich zum Ausdruck, als er die rein objektive Voraussetzung der Verantwortlichkeit mit den subjektiven Erfordernissen vermengt: Dem Wortlaut des Gesetzes nach mußte der Untergebene wissen, daß die Handlung Verbrechen oder Vergehen ist, womit die Verantwortlichkeit von juristischen Kenntnissen, die nur der Fachmann haben kann, abhängig gemacht wäre, was absurd ist; dem Sinne des Gesetzes nach mußte ihm bekannt sein, daß sein Verhalten strafbar ist.[2])

Ebenso ist es eine Verkennung der Rechtslage, wenn Wachenfeld in de Enzyklopädie Bd. II S. 260 lehrt: „Einem Befehl in Dienstsachen (nicht jedem Dienstbefehl) muß der Soldat ohne Prüfung nachkommen." Leider hat auch das Reichsmilitärgericht, Entsch. Bd. VIII S. 141 (143) diese These aufgestellt und nur für die Fälle des § 47 Ziffer 2 eine Ausnahme zugelassen.

1) Hiermit ist natürlich keineswegs behauptet, daß der Untergebene verpflichtet ist, die Strafbarkeit zu prüfen. Daher ist es ganz richtig, wenn Merkel (Lehrb. S. 160) sagt: „Ist dem Untergebenen der Mangel des Befehls zufällig bekannt geworden, so macht ihn die Vollstreckung desselben verantwortlich." „Zufällig", freilich cum grano salis! — Zutreffend auch Finger Lehrb. S. 404.

2) Überall in der Literatur wird richtig betont, daß ein bestimmtes Wissen erforderlich ist, dagegen herrschen über den Gegenstand dieses Wissens teils unklare, teils abweichende Ansichten. Binding, Normen Bd. II S. 471/472 lehnt die Ansicht, es komme auf das Bewußtsein der Strafbarkeit an, ausdrücklich ab. Mit ihm stimmt Girginoff S. 94 überein, indem er Bewußtsein der Rechtswidrigkeit für genügend hält. Calker (S. 122 u. 123) geht mit Recht davon aus, daß Kenntnis des Charakters, den die Handlung im System des Strafrechts hat (§ 1 StGB.), nicht verlangt werden kann, und fährt fort: „Es handelt sich hier vielmehr darum, daß der Untergebene dann strafbar wird, wenn ihm das Vorhandensein von Merkmalen in der befohlenen Handlung bekannt ist, in denen das StGB. irgend ein Verbrechen oder Vergehen ausgeprägt findet". Hiermit ist offenbar nichts anderes gesagt, als daß der Täter die Umstände, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören, gekannt haben muß (§ 59 StGB.). So begnügt sich van Calker wie Binding mit den generellen Erfordernissen des

Diese militärische Spezialbestimmung steht durchaus im Einklang mit den Prinzipien des Befehlsrechtes.[1]) Sie setzt die Unverbindlichkeit rechtswidriger Befehle voraus und regelt auf dieser unangetasteten Basis die Schuldfrage. Was der Untergebene wissen muß und was er nicht zu wissen braucht, wird festgelegt, ein Fall der Irrtumslehre wird behandelt. Und während sonst der Untergebene nur durch eine Verkennung der materiellen Rechtswidrigkeit wird er hier auch noch durch eine Verkennung der Strafbarkeit entschuldigt. Der Irrtum ist in weiterem Maße wesentlich, die Voraussetzungen der Zurechnung sind enger als in irgend einem andern Fall, weil die Gehorsamspflicht, die in Dienstsachen für militärische Befehle beansprucht werden muß, strenger ist als in irgend einem andern Fall. So ist die im § 47 enthaltene Ausnahme eine volle Bestätigung unserer Regeln und zugleich eine den militärischen Bedürfnissen entsprechende Lösung der Frage. Sie verpflichtet den Soldaten nicht zum blinden Gehorsam, erlaubt ihm aber, in Dienstsachen den Vorgesetzten blind zu vertrauen, blind, bis ihm das Bewußtsein der Strafbarkeit das schwere Unrecht der anbefohlenen Handlung in hellem Lichte zeigt.[2])

Trotzdem ist diese Regelung sehr reformbedürftig. Die Unterscheidung von Befehlen in Dienstsachen und Dienstbefehlen, auf der sie sich aufbaut, ist viel zu subtil als daß sie Bestandteil der

---

Vorsatzes, während § 47 Ziffer 2 offenbar die Strafe an einen Vorsatz besonderer Art knüpft. Ganz verfehlt Hecker, Das Verhältnis des Zivilstrafrechts u. s. w. S. 59 Anm. 76. Dagegen richtig: Seuffert, Strafgesetzgebung der Gegenwart Bd. I (1894) S. 78 („Strafbarkeitsbewußtsein"), Herz u. Ernst a. a. O. Note 12, mein Militärstrafrecht Bd. I S. 118/19. Die Ansicht von Koppmann-Weigel (Note 13 zu § 47) tritt nicht klar zutage.

1) Ebenso Kleinfeller a. a. O. S. 284: „Der Grundgedanke dieses § 47 ist kein anderer als der im Reichsbeamtengesetz § 13 ausgesprochene."

2) Hierbei ist, wie v. Nostitz-Wallwitz (Das mil. Delikt des Ungehorsams S. 58) ausführt, sehr zu beherzigen, daß man aus einem anfänglichen Zögern des Untergebenen noch nicht unbedingt auf das Bewußtsein der Strafbarkeit — oder mit den Worten des Verfassers, auf die Erkenntnis, daß die anbefohlene Handlung „eine auf der Höhe eines Verbrechens oder Vergehens stehende Straftat" ist — schließen kann. Neben andern guten Bemerkungen findet sich bei v. Nostitz (S. 53—59) hauptsächlich eine Behandlung der hier nicht erörterten Frage, in welchem Teilnahmeverhältnis der Vorgesetzte und der Untergebene stehen, falls beide zu bestrafen sind; sie ist nach meiner Ansicht (Militärstrafrecht a. a. O. und oben S. 147 Anm. 1) unzutreffend.

militärischen Pflichtenlehre werden könnte. Ein MilStGB sollte aber keine Entscheidungsnorm aufstellen, die in Instruktionen nicht klar gemacht werden kann und daher als Norm des Verhaltens unbrauchbar ist. Und aus dem gleichen Grunde ist die differenzierte Behandlung von Befehlen, die Verbrechen oder Vergehen anordnen, und solchen, die auf Übertretungen gerichtet sind, ein Mißgriff, zumal da kein stichhaltiges Bedenken vorhanden ist, den zweiten Fall den Regeln, die für den ersten gelten, zu unterstellen. [1]) Statt dessen findet sich folgende Rechtslage.

Es ist vorauszuschicken, daß es nur gemeine, nicht militärische Übertretungen gibt (vgl. MilStGB § 1); und da nur wenige Übertretungstatbestände so geartet sind, daß ihre Erfüllung im Kreise der militärischen Dienstsachen liegen kann, muß der hier interessierende Befehl eine Seltenheit sein. [2]) Der einer Patrouille erteilte Befehl, über einen durch Warnungstafel verbotenen Weg zu reiten, mag als Beispiel dienen.

Da die Übertretungen im § 47 nicht besonders erwähnt sind, unterfallen sie der daselbst aufgestellten allgemeinen Regel: „wird durch die Ausführung eines Befehls in Dienstsachen ein Strafgesetz verletzt, so ist dafür der befehlende Vorgesetzte allein verantwortlich.“ Hiermit ist eindeutig bestimmt, wie zu entscheiden ist, falls die anbefohlene Übertretung zur Ausführung gebracht worden ist. Der Untergebene ist unter allen Umständen unverantwortlich. Alle andern Fragen bleiben offen, insbesondere ob der Befehl bindende Kraft hat. Allerdings schließt die herrschende und von keiner Seite befehdete Lehre aus der Unverantwortlichkeit des Untergebenen auf die Verbindlichkeit des Befehls, woraus sich dann ergibt, daß der Ungehorsam zu bestrafen ist. [3]) Dieses Er-

---

1) Zu diesem Vorschlag gelangt auch van Calker S. 116.

2) Mit einer Ausnahme: Für den Offiziersburschen sind die Privatsachen seines Herrn Dienstsachen; ihm können daher die mannigfachen Übertretungen, die mit der Führung eines Haushaltes schier unvermeidlich verbunden sind, durch Befehle in Dienstsachen aufgetragen werden. Ein sehr unerwünschtes Ergebnis, dem man jedoch schwerlich entgehen kann. „Eine Abhandlung, die „die rechtliche Stellung des Offiziersburschen“ (die ja in verschiedenen Beziehungen anormal ist) ex professo untersuchte, würde dankenswert sein!“ Diese Anregung Belings (Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft Bd. XXIV S. 251) sei zur Beachtung bestens empfohlen!

3) So Binding, Handbuch S. 806 (vgl. S. 115): „Dem Befehl muß unbedingt gehorcht werden, wenn er auf eine Übertretung lautet.“ Ebenso Hecker Lehrb. S. 90. Ferner unrichtig: Merkel Lehrb. S. 160, Calker S. 113, Girgi-

gebnis, daß die Anerkennung eines verbindlichen rechtswidrigen Befehls enthält, beruht jedoch auf einem Trugschluß. Denn man kann zwar aus der Verbindlichkeit eines Befehls auf die Unverantwortlichkeit des ausführenden Organs schließen, keineswegs aber umgekehrt. Wenn feststeht, daß jemand wegen einer rechtswidrigen Handlung nicht zur Rechenschaft gezogen werden darf — und das allein steht in unserem Falle fest —, so ist ihm hiermit noch nicht im entferntesten die Rechtspflicht auferlegt, die rechtswidrige Handlung zu begehen. Nur wenn die bindende Kraft des Befehls und somit die Rechtspflichtserfüllung der einzige denkbare Schuldausschließungsgrund wäre, könnte man aus der im § 47 statuierten Unverantwortlichkeit entnehmen, daß das Gesetz jene Gehorsamspflicht voraussetzt. Der verbindliche Befehl ist jedoch alles eher als der einzige denkbare Schuldausschließungsgrund; er löst eine Rechtspflicht aus, deren Erfüllung überhaupt nicht Schuldausschließungs-, sondern Rechtfertigungsgrund ist (oben S. 136/37).[1]) Deswegen ist der Schluß von der Unverantwortlichkeit auf die Verbindlichkeit solange begriffswidrig, als nicht nachgewiesen ist, daß auf Befehl begangene Übertretungen rechtmäßige Handlungen sind. Wer diesen Beweis führen will, möge vorher nochmals die oben unter III vorgebrachten Ausführungen durchlesen.

Rein logische Einwände gegen eingewurzelte Konstruktionen habens meistens keine überzeugende Kraft; weil sie abstrakt sind, werden sie als scholastisch verworfen. Und man darf sich hierüber nicht einmal beklagen, da in solchen Ablehnungen ein nicht ganz unrichtiges juristisches Empfinden enthalten ist. Vergegenwärtigen wir uns also die Konsequenzen der bekämpften Behauptung.

Auch Offiziere, auch hohe Offiziere sind Untergebene. Soll ein Offizier, dem von seinem Vorgesetzten befohlen wird, militärische Legitimationspapiere zu verfälschen (StGB. § 363), verpflichtet sein, diesem Befehl in Dienstsachen nachzukommen? Das wäre nicht bloß eine unsittliche Zumutung, sondern auch eine ganz unbegreifliche Durchbrechung der sonst von unserer Rechtsordnung und auch vom Militärrecht festgehaltenen Grundsätze. So ist z. B. der Befehl, Schießliesten zu verfälschen (§ 139 MilStGB.),

---

noff S. 102, die Kommentare (Handbücher) von Herz und Ernst Note 12 und von v. Gronow und Sohl Note 11. — Gegen diese Annahme nur Birkmeyer a. a. O., allerdings mit der unrichtigen Begründung, der eine strafbare Handlung anordnende Befehl sei nicht „Befehl in Dienstsachen".

1) Das ist von Kröll a. a. O. S. 18 richtig erkannt worden.

— um einen möglichst ähnlichen Fall heranzuziehen — zweifellos unverbindlich[1]). Außerdem hätte es keinen Sinn zu verlangen, daß der Soldat den Gehorsam verweigert, wenn er erkannt hat, daß der Befehl auf eine Disziplinarverfehlung, also wenn man so sagen darf, auf eine militärische Übertretung gerichtet ist, ihn andrerseits aber zu verpflichten, eine gemeine Übertretung blind auszuführen. Welche Ungereimtheiten, und wie sollte sich ein Gemeiner mit seinem schlichten Verstand oder auch nur der instruierende Offizier in diesem Labyrinth juristischer Distinktionen zurechtfinden!

Kehren wir zu dem einfachen, die ganze Materie beherrschenden Grundsatz zurück, um zu zeigen, daß er uneingeschränkt auch für die Befehle in Dienstsachen, die eine Übertretung anordnen, gilt. Der rechtswidrige Befehl ist niemals verbindlich, doch kann er kraft des Irrtums, den er erzeugt, die Schuld des Gehorchenden ausschließen, — das ist der Grundsatz. Scheinbar weicht § 47 von ihm dadurch ab, daß er die auf Befehl begangene Übertretung unbedingt und ganz ohne Rücksicht auf die subjektive Tatseite der Zurechnung entzieht. Indessen kann der Gehorsam aus rein tatsächlichen Gründen immer nur auf einem Irrtum über die Rechtswidrigkeit oder auf einem Irrtum über die Verbindlichkeit des Befehls beruhen, sodaß auch hier ausnahmslos ein Irrtum schuldausschliessend wirkt. Entweder hat der Untergebene den Befehl ausgeführt, weil er ihn für rechtmäßig, oder er hat es getan, weil er ihn trotz erkannter Rechtswidrigkeit für verbindlich gehalten hat. Entspringt die Handlung aus anderen Motiven, so ist sie nicht mehr Befehlsbefolgung (vgl. die nächste S.). Daher besteht die einzige Besonderheit, die hier zu Tage tritt, in der freilich stillschweigenden, aber doch unverkennbaren gesetzlichen Berücksichtigung der Irrtümer, die durch Befehle herbeigeführt werden. Und während nach den von mir für richtig gehaltenen allgemeinen Grundsätzen eine generelle Regel über die Wesentlichkeit eines die Verbindlichkeit betreffenden Irrtums nicht aufgestellt werden kann, geht aus § 47 hervor, daß der Irrtum über die Verbindlichkeit eines auf eine Übertretung gerichteten Befehls in Dienstsachen stets wesentlich ist, also stets entschuldigt. Darin liegt von meinem Standpunkt aus eine geringfügige Modifikation

1) Ebenso das Reichsmilitärgericht, Entsch. Bd. I S. 63.

der sonst geltenden Grundsätze, für diejenigen, die den Irrtum über die Verbindlichkeit unter allen Umständen für relevant halten, liegt überhaupt keine sachliche Besonderheit vor.

Ganz verfehlt wäre aber der Einwand, der Irrtum über die Rechtswidrigkeit der anbefohlenen Übertretung werde im § 47 abweichend von den Prinzipien behandelt, da dieser Irrtum, im allgemeinen nur wenn er sich auf die materielle Rechtswidrigkeit bezieht, hier aber stets wesentlich ist. Diese Differenz besteht nicht, weil der in Dienstsachen ergehende Befehl eines militärischen Vorgesetzten immer formell rechtmäßig ist (vgl. oben S. 151).

Ebenso ist ein anderes Bedenken nicht stichhaltig. Man könnte geltend machen, die beiden ins Auge gefaßten Möglichkeiten seien nicht die einzigen, es bestehe als dritte die Befolgung des Befehls unter voller Erkenntnis der Rechtswidrigkeit und Unverbindlichkeit. Zweifellos ist dieser Fall denkbar, aber nur wenn man voraussetzt, daß der Untergebene ein eigenes Interesse hat, die Übertretung zu begehen. Auf irgend einen Grund muß die Handlung ja zurückführbar sein, und wenn sie sich nun nicht aus dem Befehl erklärt, so muß sie in persönlichen Wünschen des Untergebenen ihren Grund haben. Und hiermit scheidet der Fall aus dem Herrschaftsgebiet des § 47 aus; die Voraussetzung dieses Rechtssatzes, „wird durch die Ausführung eines Befehls in Dienstsachen ein Strafgesetz verletzt“, würde nicht mehr zutreffen, weil die Übertretung nicht um des Befehles willen, sondern aus eigenem Antrieb begangen worden ist. Nur für eine von den Motiven des Täters absehende Betrachtung wäre die Handlung Befehlsbefolgung; die Berücksichtigung der Triebfedern ergibt das Gegenteil, da der objektiv und subjektiv seiner Verbindlichkeit entkleidete Befehl keine wirkende Kraft hat oder doch nicht als Befehl wirkt. Die aus der Überzeugung, nicht verpflichtet zu sein, entsprungene, bewußt rechtswidrige Betätigung ist freiwillig geschehen. Es würde auch schwerlich ein Gericht Bedenken tragen, wenn dieser Tatbestand festgestellt ist, eine Verurteilung des Untergebenen auszusprechen. Allerdings aber wird der Tatbestand, auf den die Sorgsamkeit, nicht die Erfahrung hingeführt hat, kaum je feststellbar sein. Daß ein Soldat überzeugt war, durch den Befehl in keiner Weise gedeckt zu sein, ist unwahrscheinlich, noch unwahrscheinlicher, daß er diese Entschuldigung nicht vorbringt oder daß sie, wenn sie vorgebracht wird, entkräftet werden kann.

Im ganzen ergibt sich, daß der Untergebene, wenn ihm in Dienstsachen eine Übertretung befohlen wird, blind der besseren Einsicht des Vorgesetzten vertrauen darf, ohne Strafe befürchten zu müssen, daß er aber andrerseits auch in diesem Falle nicht zu blindem Gehorsam verpflichtet ist. Verweigert er den Gehorsam, weil er die Rechtswidrigkeit des Befehls erkannt hat, so kann er nicht wegen Gehorsamsverweigerung bestraft werden. Freilich ist es für einen Soldaten unklug, sich in dieser Weise zum Hüter der Rechtsordnung aufzuwerfen, denn er trägt die Gefahr, sich nicht geirrt zu haben. Aber es ist für ihn auch unklug, den die Theorie beherrschenden Irrtum zu teilen und jeden Befehl in Dienstsachen, der auf eine Übertretung gerichtet ist, für verbindlich zu halten. Denn dann entsteht die Gefahr, die in der Verwechslung von Übertretungen und Disziplinarverfehlungen liegt. Und so ist es letzten Endes auch für den Soldaten am geratensten, nicht schlau, sondern brav sein zu wollen, dem Vorgesetzten treu, treuer der Rechtsordnung zu folgen. Dann steht seine Maxime im Einklang mit dem legislatorisch und theoretisch richtigen Prinzip, das von Laband so formuliert worden ist: „Der Untergebene dient nicht dem Vorgesetzten, sondern mit diesem gemeinsam dem Staate.“

Die bestimmte Bezeichnung der Eidestatsache

von

Wilhelm Kisch.

Inhaltsübersicht.

Einleitung.

Hauptstück.

Die bestimmte Bezeichnung der Eidestatsache.

Anhang.

Einleitung.

§ 1.

Allgemeine Bemerkungen über die Bestimmtheit der Parteierklärungen, speziell der Beweisanträge.

Der § 451 Z.P.O. sagt:

„Die Antretung des Beweises erfolgt durch die Erklärung, daß dem Gegner über die bestimmt zu bezeichnende Tatsache der Eid zugeschoben werde.“ 1)

---

1) Eine zusammenhängende Behandlung der hier erörterten Frage habe ich in der bisherigen Literatur nicht ermitteln können. Das Werk von Kleinfeller, Geschichtliche Entwickelung des Tatsacheneides in Deutschland, geht natürlich seinem Gegenstande gemäß auf die dogmatische Darstellung des geltenden Rechtes nur wenig ein und berührt unsere besondere Frage nicht besonders. Wertvolle Bemerkungen finden sich in Stein, das private Wissen des Richters. Von den Kommentaren zu § 451 ZPO. bietet Struckmann-Koch so gut wie nichts. Gaupp-Stein enthält nur eine gedrängte, in ihrer Kürze unanfechtbare Behandlung. Nichts Förderliches findet sich bei Seuffert 8. Aufl. (dort muß es übrigens nicht Römberg, sondern Rönnberg heißen; die Entscheidung des Reichsgerichtes vom Jahre 1888 steht nicht S.A. 63, sondern 43; die Entscheidung des bayerischen Obersten Landesgerichtes nicht S.A. Band 43, sondern 42). Am ergiebigsten Petersen 4. Aufl. zu § 445 Ziff. 8. — Die vorhandenen Lehrbücher beschränken sich ihrer Aufgabe entsprechend auf wenige allgemeine Bemerkungen; vergl. namentlich Weismann in seinem trefflichen Lehrbuch S. 169 (§ 45 IV) und Schmidt in der wertvollen 2. Auflage seines Lehrbuchs S. 531. Die Literatur zu den einzelnen Streitfragen wird jedesmal im besonderen Zusammenhang an geführt.

Die gebrauchten Abkürzungen sind die gebräuchlichen. RG. (3 Z.S.) 4. Februar 1881 (Entsch. 3 S. 432) = Urteil des Reichsgerichtes, dritten Zivilsenates, vom 4. Februar 1881, mitgeteilt in der offiziellen Sammlung der Entscheidungen. Band 3, Seite 432. — JW. = Juristische Wochenschrift. — S.A. = Seufferts Archiv. — Bolze = Bolze, Praxis des Reichsgerichtes. — Gruchot = Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechtes.

Aus dieser Vorschrift gewinnen wir den Satz: die Eideszuschiebung ist nur über eine bestimmt bezeichnete Tatsache zulässig. Das Prinzip ist im Gesetz nur für den zugeschobenen Eid aufgestellt. Es muß aber entsprechend auch für den vom Richter auferlegten Eid angenommen werden: d. h. auch dieser darf nur eine bestimmte Tatsache zum Gegenstande haben.

Denn das ganze Erfordernis der Bestimmtheit ist nichts, was dem Parteieid überhaupt, geschweige denn dem zugeschobenen Eid eigentümlich wäre. Sondern es ergibt sich aus der ganzen Stellung, welche die Partei mit Bezug auf die Urteilsgrundlagen einnimmt. Diese Grundlagen müssen nämlich im Bereiche der Verhandlungsmaxime von den Streitenden vorgebracht sein, u. z. in genügender Bestimmtheit, um überhaupt Gegenstand der Beurteilung werden zu können. Nicht erst der Beweis oder das sonstige Feststellungsmittel, sondern schon die Behauptung muß sich auf eine bestimmte Tatsache beziehen. Darum würde die Beschränkung auf eine „bestimmt zu bezeichnende Tatsache" beim zugeschobenen Eid auch gelten, wenn sie im Gesetz nirgends erwähnt wäre. Und darum ist sie, trotzdem unser Gesetz schweigt, auch für den richterlichen Eid anzuerkennen.

I. Wann ist nun eine Angabe der Partei hinreichend bestimmt? Eine allgemeingültige Antwort läßt sich hierauf naturgemäß gar nicht erteilen. Denn die Eigenschaft der Bestimmtheit ist eine durchaus relative. Es kommt überall auf den Grund und Zweck an, wegen dessen das Erfordernis der Bestimmtheit aufgestellt wird. So schon im Leben: ob eine Briefadresse hinreichend bestimmt sei, wird ganz verschieden zu beantworten sein, je nachdem der Empfänger in einem kleinen Dorfe oder in einer Millionenstadt wohnt. Das einzige, was sich allgemein und sicher aussagen läßt, ist dieses: daß der Maßstab in der leichten Auffindbarkeit des Adressaten besteht. Entsprechendes gilt auch für das Rechtsleben, namentlich für das Gebiet des Zivilprozesses. Wenn hier mehrfach von bestimmten Angaben die Rede ist, so darf daraus keineswegs geschlossen werden, das Maß der Bestimmtheit müsse in jedem Fall das gleiche sein. Sondern es ist jedesmal zu untersuchen, in welchem Zusammenhang und in welcher Absicht das Erfordernis ausgesprochen wird.

Dasselbe findet nun eine besonders wichtige Anwendung schon bei der Klage. Der einzelne Prozeß wird (abgesehen von seinen

Subjekten: Gericht und Parteien) individualisiert durch seinen Gegenstand. Dieser wiederum wird durch ein doppeltes Element gebildet: einerseits durch die Rechtsfolge, deren Ausspruch begehrt wird, und andererseits durch den Tatbestand, auf Grund dessen solches Begehren gestellt wird.

Da nun nach dem geltenden Dispositionssystem die Partei es ist, die den Gegenstand des Zivilprozesses festsetzt, so ergibt sich schon aus dem Wesen des Prozesses von selbst das Erfordernis einer bestimmten Angabe des Antrags auf der einen und des Klaggrundes auf der andern Seite. Hierzu wäre eine ausdrückliche Gesetzesvorschrift gar nicht erst nötig. Und die Bedeutung des viel behandelten und viel mißverstandenen § 253 Z.P.O. liegt gar nicht darin, daß er die bestimmten Angaben überhaupt vorschreibt, sondern darin, daß er sie schon für die Klageschrift anordnet.

Was heißt nun aber in diesem Zusammenhang bestimmt? Sofern der Antrag in Betracht kommt, ist der maßgebende Gesichtspunkt der: es soll der Richter deutlich zn erkennen vermögen, welches die Rechtsfolge ist, deren Ausspruch von ihm begehrt wird, d. h. welches Rechtsverhältnis bejaht oder (bei der negativen Feststellungsklage) verneint, welche nach Maß und Gegenstand begrenzte Leistung angeordnet, welcher Rechtserfolg herbeigeführt werden soll. Im Normalfall der Leistungsklage muß namentlich der Urteilsausspruch, also auch der ihn veranlassende Klagantrag so formuliert sein, daß eine sichere Grundlage für die Vollstreckung geschaffen, und daß im Stadium derselben neuer Streit und Zweifel vermieden werde — ein Gesichtspunkt, der bei Klagen auf Handlung oder Unterlassung besonders bedeutsam wird.

Wenn andererseits bestimmte Angabe des Klaggrundes verlangt wird, so ist der Zweck der: es soll der Richter deutlich erkennen können, welcher faktische Zustand oder historische Vorgang seiner tatsächlichen und rechtlichen Beurteilung unterstellt wird. Seiner rechtlichen Beurteilung, das bedeutet: die Angaben müssen so beschaffen sein, daß er in die Lage gesetzt wird, mit Bezug auf den Vorgang (Zustand) eine etwa nötige Feststellung vorzunehmen, namentlich eine Beweisaufnahme sachgemäß durchzuführen. Der rechtlichen Beurteilung, das heißt: er muß zu dem Schluß befähigt werden, ob aus dem durch Beweis oder anderweitig festgestellten Vorgang (Zustand) die behauptete Rechtsfolge sich ergibt. Man kann also zusammenfassend sagen: für das Erfordernis der Bestimmtheit des Klaggrundes und Klagantrags ist

maßgebend der Gesichtspunkt einer Individualisierung des einzelnen Prozesses nach seinem Gegenstand.

Nur beiläufig soll bemerkt werden, daß auch zur Individualisierung des Rechtsstreits nach seinen Subjekten hinreichend bestimmte Angaben erforderlich sind. Wohl verlangt der § 253 ZPO. nur „die Bezeichnung der Parteien und des Gerichtes" schlechthin, d. h. ohne die Notwendigkeit bestimmter Angaben besonders hervorzuheben. Aber trotzdem wird mit Recht allgemein angenommen, daß beispielsweise die Bezeichnung der Parteien bestimmt sein muß, so bestimmt, daß jeder Zweifel über die Identität der streitenden Teile ausgeschlossen ist. Daß hierbei das Maß der nötigen Angaben wechseln kann, liegt auf der Hand. Ob Vorname, Stand und Gewerbe, Wohnort, Straße und Nummer der Wohnung zu bezeichnen sind, muß verschieden beantwortet werden, je nach der Zahl der Personen gleichen Namens oder Standes, je nach der Größe des Ortes usw. Der „Kaufmann Meyer" mag für eine kleine Ortschaft eine genügende Bezeichnung bilden, für Berlin sicherlich nicht. In andern Fällen braucht nicht einmal der Familienname angegeben zu werden: „König von Preußen", „Reichskanzler des Deutschen Reiches" können hinreichend bestimmte Parteibezeichnungen sein. Darin zeigt sich recht deutlich die relative Natur der Eigenschaft der Bestimmtheit.

II. Aber nicht allein die Klage muß hinreichend bestimmt sein, sondern auch jede andere Erklärung, welche die Partei im Prozeß abgibt.

Dies gilt zunächst schon für die Anträge. Jeder der überaus zahlreichen im Prozeß denkbaren Anträge muß bestimmt sein, mag er vom Kläger oder vom Beklagten ausgehen, mag er sich auf die Hauptentscheidung beziehen oder nicht, mag er einen materiellen oder einen prozessualen Punkt betreffen, mag er positiven oder negativen Inhalt haben. D. h. er muß dem Richter deutlich erkennbar machen, welche Maßregel von ihm verlangt wird. Da nämlich der Antrag seinem Wesen nach eine Anregung der richterlichen Tätigkeit bezweckt, so muß er derart beschaffen sein, daß die begehrte Richterhandlung nach Art, Gegenstand und Inhalt klar und von andern Tätigkeiten unterscheidbar angegeben wird. Der Maßstab für die Bestimmtheit ist also hier die Individualisierung der geforderten Richterhandlung. Das Gesagte folgt aus dem Wesen des Antrags so sehr von selbst, daß es im Gesetze größtenteils gar nicht ausdrücklich vorgeschrieben

und in der Literatur regelmäßig gar nicht besonders betont wird. Nur stellenweise findet sich bei den Anträgen der Rechtsmittel der Grundsatz hervorgehoben. Und doch ist er hier nicht mehr und nicht weniger selbstverständlich, als bei allen sonstigen Anträgen.

Nicht minder besteht das Erfordernis der Bestimmtheit für alle zur Begründung der Anträge aufgestellten Behauptungen der einen oder der andern Partei. Sie alle müssen erkennen lassen, welche konkrekte Tatsache sie zum Objekte haben und welche Aussage sie über dieselbe machen. So hat der Kläger nicht bloß den Klaggrund bestimmt anzugeben. Sondern er muß ebenso bestimmt die Tatsachen bezeichnen, aus denen sich die Zuständigkeit des Gerichtes,[1] die Zulässigkeit des Rechtsweges, die Partei- oder Prozeßfähigkeit der streitenden Teile oder irgend eine andere prozessuale Bedingung der Sachenentscheidung ergibt. In gleicher Weise muß der Beklagte seine Bestreitung deutlich formulieren. Auch hat er vor allem seine Einwendungen und Einreden (besser: den Tatbestand derselben) genau darzulegen. D. h. er muß die tatsächlichen Momente präzisieren, welche beispielsweise den Tatbestand der Verjährung, des Zurückbehaltungsrechtes, der Zahlung,[2] des Erlaßvertrages, der Aufrechnung, der Hingabe an Zahlungsstatt, der befreienden Hinterlegung, der nachträglichen zufälligen Unmöglichkeit usw. ausmachen. Hinwiederum gilt das Erfordernis der Bestimmtheit auch für die Bestreitung, die der Kläger den Einreden des Beklagten entgegenhält, und für die Repliken, die er ihnen gegenüber aufstellt.

Überall muß der historische Vorgang oder faktische Zustand aus dem die Partei Rechtsfolgen ableitet, in der Weise angegeben werden, daß der Richter befähigt ist, ihn individuell zu erfassen, ihn zum Gegenstand einer etwa nötigen tatsächlichen Feststellung zu machen und aus ihm den Schluß auf die behauptete Rechtsfolge zu ziehen.

III. Was von dem Antrag überhaupt gesagt ist, gilt insbesondere auch für den **Beweisantrag**. Derselbe muß seiner Natur nach zwei notwendige Angaben enthalten: das Beweisthema und das Beweismittel. Er muß einerseits die Tatsachen bezeichnen, über welche der Beweis zu erheben ist, und andererseits das Mittel,

---

1) Vergl. beispielsweise RG. (1 Z.S.) 19. Oktober 1889 (Bolze 8 Nr. 911),

2) Vergl. z. B. RG. (7 Z.S.) 17. Mai 1907 (JW. 07 S. 484 Nr. 22); RG. (7 Z.S.) 20. Februar 1906 (JW. 06 S. 224 Nr. 7).

das hierzu benutzt werden soll. Wenn also ausgesagt wird, der Beweisantrag müsse bestimmt sein, so bedeutet dies ein Doppeltes: er muß sowohl die Beweistatsache als auch das Beweismittel genau individualisieren.

1. Fassen wir zunächst das Beweismittel ins Auge, so bestimmt der § 282 ZPO. allgemein, daß die Partei den Beweis „unter Bezeichnung der Beweismittel" anzutreten hat. Dem entspricht es, daß beispielsweise beim Augenscheinsbeweis „der Gegenstand des Augenscheins" bezeichnet werden muß (§ 371), daß beim Zeugenbeweis die „Benennung der Zeugen" vorgeschrieben ist (§ 373). Und zwar muß das Beweismittel dem Richter so bezeichnet werden, daß er über dessen Identität klar werden kann. Es muß beispielsweise das Augenscheinsobjekt (das Haus, der Acker, der Weg) so angegeben werden, daß es der Richter auffinden kann. Der Zeuge muß so benannt werden, daß seine Persönlichkeit außer Zweifel steht. Das Maß der hierzu nötigen Individualisierungsmerkmale kann im Einzelfalle ebenso stark wechseln, wie dies für die Bezeichnung der Prozeßpartei bereits oben gesagt wurde.

Auch die Urkunde, auf die sich die Partei zum Beweise beruft, ist genau anzugeben. Erfolgt freilich die Beweisantretung durch unmittelbare Vorlegung der Urkunde, so bedarf es weiterer Angaben über das Beweismittel nicht: der Beweisführer beruft sich dann eben auf die dem Richter körperlich übergebene Urkunde. Wird dagegen ein besonderes Editionsverfahren notwendig, so muß die Urkunde derart bestimmt werden, daß ihre Identität deutlich erkennbar ist. Welche Merkmale hierzu angegeben werden müssen, richtet sich nach der Lage des besonderen Falles. Zu denken ist an das örtliche und zeitliche Datum der Urkunde, an ihren Aussteller, an die darin benannten Beteiligten, nicht zuletzt an den Inhalt des Schriftstückes, wobei wiederum das Maß, bis zu welchen auf denselben einzugehen ist, recht erheblich wechseln kann. Bald braucht zur Individualisierung nur der Gegenstand der schriftlichen Erklärung ganz im allgemeinen bezeichnet zu werden, bald ist der Inhalt im einzelnen genau anzugeben. In diesem Sinne ist der § 424 ZPO. zu verstehen, wenn er für den Editionsantrag außer anderen Angaben einerseits „die möglichst vollständige Bezeichnung des Inhalts der Urkunde" und andererseits „die Bezeichnung der Urkunde" verlangt, worunter wir uns ergänzend vorzustellen haben: die bestimmte Bezeichnung.

Von dem Erfordernis der bestimmten Angabe scheint nun freilich eine Ausnahme für den Sachverständigenbeweis zu gelten. Zur Antretung desselben gehört nämlich nach § 403 ZPO. nichts weiter als die Bezeichnung der zu begutachtenden Punkte: d. h. es brauchen „bestimmte" Sachverständige nicht benannt zu werden. Allein die Ausnahme ist nur eine scheinbare. Der Sachverständige ist nämlich nicht, wie meistenteils der Zeuge, persönlich unersetzbar. Was er dem Richter vermitteln soll, ist nicht seine Kenntnis von einem konkreten Einzelgeschehnis, welches er etwa allein wahrgenommen hätte. Sondern das, womit er dem Gerichte dient, ist seine Kunde von den allgemeinen Erfahrungssätzen eines bestimmten Wissenszweiges. Seine Funktion kann also von jedem wahrgenommen werden, der die nötige Sach- und Fachkunde besitzt. Darum ist der Sachverständige vertretbar. Er kommt in erster Linie nicht als Individuum, sondern als Inhaber des beruflichen Wissens in Frage. So erklärt sich, daß die Partei das Beweismittel hinreichend bestimmt hat, wenn sie über gewisse Punkte schlechthin und allgemein Beweis durch einen Sachverständigen (d. h. durch irgend einen Inhaber der nötigen Sachkenntnis) beantragt: die Benennung einzelner Individuen ist nicht nötig. Im Prinzip gilt also hier das Erfordernis der Bestimmtheit genau ebenso wie bei Antretung des Zeugenbeweises: verschieden ist nur das Maß der nötigen Angaben. Die Abweichung ist also keine grundsätzliche, sondern eine quantitative, beruhend auf der begrifflichen Verschiedenheit von Zeugen und Sachverständigen.

2. Wenden wir uns nun dem Beweisthema zu, so verlangt der § 371 ZPO. für den Augenscheinsbeweis: „die Angabe der zu beweisenden Tatsachen"; der § 373 ZPO. für den Zeugenbeweis „die Bezeichnung der Tatsachen, über welche die Vernehmung der Zeugen stattfinden soll"; der § 403 ZPO. für den Sachverständigenbeweis „die Bezeichnung der zu begutachtenden Punkte". Für den Urkundenbeweis ist „die Bezeichnung der Tatsachen, welche durch die Urkunde bewiesen werden sollen", zwar nur im Falle des Editionsverfahrens ausdrücklich angeordnet, im Normalfall der unmittelbaren Vorlegung der Urkunde dagegen nicht besonders hervorgehoben (der § 420 ZPO. besagt nur: „die Antretung des Beweises erfolgt durch die Vorlegung der Urkunde"): sie versteht sich aber von selbst, ergibt sich überdies für die Urkunde wie für die sonstigen Beweismittel aus der allgemeinen

Bestimmung des § 282 Abs. 1 ZPO.: „Jede Partei hat unter Bezeichnung der Beweismittel, deren sie sich zum Beweise oder zur Widerlegung tatsächlicher Behauptungen bedienen will, den Beweis anzutreten.“ Hier ist allgemein ausgesprochen, daß jedes Beweismittel mit Bezug auf eine „tatsächliche Behauptung“ benannt werden muß.

Daß diese Behauptung eine bestimmte sei, ist nirgends ausdrücklich verlangt, folgt aber aus der Natur der Sache. Nach der Verhandlungsmaxime muß die Partei den Richter in die Lage setzen, den Beweis aufzunehmen. Sie muß ihm zu diesem Behufe vor allem das Thema so angeben, daß er die Beweisaufnahme sachgemäß durchzuführen vermag: so lange dies nicht geschieht, ist er zum Tätigwerden überhaupt nicht verpflichtet. Damit gewinnen wir zugleich das Kriterium, nach welchem sich das Maß der Bestimmtheit richten soll. Die Angabe muß so bestimmt sein, daß der Richter das Beweismittel zu verwerten vermag. Er muß also beurteilen können, unter welchem Gesichtspunkte er das wahrzunehmende Augenscheinsobjekt betrachten, über welche Umstände er den Zeugen und Sachverständigen vernehmen, nach welcher Richtung er den Inhalt der Beweisurkunde untersuchen soll. Ob im Einzelfalle die vom Beweisführer gemachten Angaben diesem Erfordernis entsprechen, läßt sich nur nach den besonderen Umständen ermessen.

IV. Während nun bei den bisher behandelten Beweismitteln die Vorschrift bestimmter Bezeichnung der Tatsache fehlt, ist sie, wie aus dem Eingangs erwähnten § 451 ZPO. ersichtlich, für den Parteieid ausdrücklich getroffen. Daß sie gerade bei diesem Feststellungsmittel für nötig erachtet wurde, wird nun kein Zufall sein. Derselbe erfordert in der Tat seinem ganzen Wesen nach eine möglichst feste Umgrenzung seines Gegenstandes. Denn der Schwurpflichtige wird durch die Auferlegung des Parteieides mit einer schweren Last überbürdet. Er steht vor der Wahl, den Prozeß zu verlieren, oder die moralische, religiöse und strafrechtliche Verantwortung der Eideszuschiebung auf sich zu nehmen (von dem Falle der Zurückschiebung kann hier zunächst abgesehen werden). Solche Belastung aber muß an enge Grenzen gebunden sein. Daraus ergibt sich ein allgemeines Kriterium für das Maß der Bestimmtheit der Eidestatsache: letztere muß so bezeichnet werden, daß dem Gegner eine genügende, aber keine zu schwere Verantwortung zugemutet wird.

In dieser Allgemeinheit freilich ist der eben aufgestellte Maßstab nicht viel mehr, als ein rein formales Prinzip. Er sagt uns nur, welcher leitende Gesichtspunkt unserer Vorschrift zugrunde liegt. Aber er führt uns praktisch nicht viel weiter. Denn was heißt eine genügende und doch nicht zu schwere Verantwortung? Um diese Frage zu beantworten, ist es nötig, in eine genaue Analyse einzutreten. Hierbei zeigt sich, daß der Ausdruck „bestimmt zu bezeichnende Tatsache“ auf eine Reihe von Gesichtspunkten hindeutet, die, wenn auch miteinander zusammenhängend, doch keineswegs zusammenfallen. Das Ergebnis der Untersuchung wird — um dasselbe vorwegzunehmen — dahin lauten: die mit dem Eide verknüpfte verantwortliche Belastung der Partei ist nur gerechtfertigt, wenn das Eidesthema gebildet wird: 1. durch eine Tatsache, u. z. 2. durch eine einzelne Tatsache, die 3. einen genügend klaren Ausdruck gefunden hat, die ferner 4. ihre Erheblichkeit erkennen läßt und die 5. hinreichend konkretisiert ist, d. h. einen Einzelvorgang oder Einzelzustand (oder eine Mehrheit von solchen) betrifft [1]).

Hauptstück: Die bestimmte Bezeichnung der Eidestatsache.

§ 2.

I. Der Eid muß betreffen eine Tatsache (Gegensatz: Urteil), eine Einzeltatsache (Gegensatz: gesamtes Parteivorbringen), eine deutlich bezeichnete Tatsache (Gegensatz: unklare Behauptung), eine in ihrer Erheblichkeit erkennbare Tatsache.

I. Zunächst ist beim Ausdruck „bestimmt zu bezeichnende Tatsache“ an den Gegensatz zum tatsächlichen oder rechtlichen Urteil gedacht.

---

1) Bei Anordnung der Bestimmtheit der Eideszuschiebung handelt es sich übrigens um ein Erfordernis, welches vom Richter selbständig zu prüfen ist. Für ihn muß gleichgültig sein, wie sich die Parteien zur Zulässigkeit des Eides stellen. Er kann und muß die unbestimmt gehaltene Eideszuschiebung auch dann als unzulässig verwerfen, wenn der Prozeßgegner den Eid vorbehaltlos angenommen hat; vergl. RG. 16. September 1904 im Recht Bd. 8 S. 606. — Allerdings kann die widerspruchslos erklärte Annahme durch den Gegner dem Richter einen Anhaltspunkt dafür geben, daß der Zuschiebende einen konkreten Fall im Auge hat, was nach den späteren Ausführungen im Texte zur „Bestimmtheit“ des Eidesthemas erforderlich ist; vergl. RG. (6 Z.S.) 8 Dezember 1890 (S.A. 46 Nr. 230 S. 366 = JW. 91 S. 8 Nr. 18 = Bolze 11 Nr. 797).

Wie an anderer Stelle darzulegen, enthält jede tatsächliche Behauptung, also auch die unter Eid abzugebende, ein Urteil des Behauptenden. Je schwieriger und verwickelter das Urteil, um so geringer wird natürlich die Sicherheit des Schlusses, umso lebhafter auch das Bewußtsein von der Möglichkeit eines Irrtums, während die Vorstellung der Gewißheit immer mehr zurücktritt. Je einfacher dagegen der Beurteilungsvorgang, je weniger Schlüsse erforderlich und je leichter die zu vollziehenden inneren Akte sind, umso unwahrscheinlicher wird der Fall des Irrtums, umso stärker die Empfindung der Sicherheit. Das Bewußtsein der aufgewandten Geistesarbeit wird bei ihrer Geringfügigkeit schwächer, umso lebhafter dagegen die Überzeugung von der Richtigkeit ihres Ergebnisses. Der Gedanke, daß man ein Urteil fällt, tritt in den Hintergrund; bewußt bleibt allein das Produkt der urteilenden Tätigkeit in Gestalt einer Aussage, der man objektive Gültigkeit zuschreibt. So gewinnt die Vorstellung der Sicherheit der Bestimmtheit, der Gewißheit immer mehr an Kraft und Festigkeit. Hat sie erst einmal einen genügenden Grad erreicht, so wird der Gegenstand der Behauptung nicht mehr als [subjektives] Urteil, sondern als [objektive] Tatsache hingestellt.

Wird sie von dem dargelegten Gesichtspunkt aus betrachtet, so enthält die „Tatsache" schon als solche das Element der Bestimmtheit in sich. In diesem Sinne nämlich ist Tatsache alles, was nicht auf Grund mehr oder minder zweifelhafter Schlußfolgerungen behauptet wird, was vielmehr so sicher ist, daß es mit Bestimmtheit ausgesagt werden kann. Ähnlich wird denn auch im Leben der Ausdruck verwendet, wenn man etwas als „Tatsache" hinstellt, um damit auszudrücken, daß es nicht zweifelhaft und unsicher, sondern gewiß und bestimmt ist, daß es nicht bloß als möglich gedacht oder als wahrscheinlich vermutet, sondern als wahr ausgesagt wird. So angesehen, ist die Tatsache nichts anders als der vulgäre Gegensatz zum Urteil oder — genauer gesagt —: sie ist der Gegenstand eines Urteils von besonderer Bestimmtheit. Insofern muß also jede Tatsache (tatsächliche Behauptung) eine bestimmte sein.

Es darf deshalb angenommen werden, daß sich auch der Gesetzgeber bei Anordnung einer bestimmten Bezeichnung der Eidestatsache mehr oder minder bewußt von dem Bestreben hat leiten lassen, unbestimmte „Urteile" auszuschließen. Was von diesem Gegensatze zu halten sei, ist in besonderem Zusammen-

hang genauer darzulegen. Hier genüge der Hinweis, daß sich der angegebene Gesichtspunkt auch für das Verständnis des § 451 ZPO. verwerten läßt. Dies wird denn auch durch die Rechtsprechung bestätigt. In einer Reihe von Entscheidungen höherer Gerichte werden Eideszuschiebungen wegen mangelnder Bestimmtheit für unzulässig erklärt: sieht man aber genauer zu, so handelt es sich bei den „unbestimmten Behauptungen" in Wahrheit um tatsächliche oder auch rechtliche Urteile, die dem Schwurpflichtigen nicht zugemutet werden können. Überall wird also die bestimmte Eidestatsache in Gegensatz gestellt zu dem unbestimmten Urteil. Und zwar begegnen wir dieser Erscheinung nicht allein bei den unter früherem Recht ergangenen Erkenntnissen, sondern auch in der unter der Herrschaft der Zivilprozeßordnung erwachsenen Rechtsprechung.[1])

---

1) Zunächst einige Belege aus dem früheren Recht.

a) In einem Prozeß wird der Eid darüber zugeschoben, daß die Kläger lehnsfolgeberechtigte Agnaten seien. Das Gericht lehnt dies ab, weil bestimmte Angaben über die vierzehn bis sechzehn in Betracht kommenden agnatischen Generationen nicht gemacht seien, Beklagter aber das Verwandtschaftsverhältnis nicht in Bausch und Bogen beschwören könne. Das widerspreche dem § 64 der Braunschweigischen Prozeßordnung: „Tatsachen, über welche der Eid zugeschoben wird, müssen speziell angegeben werden." Es liegt auf der Hand, daß die Beantwortung der Frage, ob ein agnatisches Verwandtschaftsverhältnis mit einer bestimmten Person besteht, eine ganze Reihe von Urteilen voraussetzt, sowohl tatsächlicher Art (— stammt A von B, B von C? —) als auch rechtlicher Art (— ist diese Abstammung eine agnatische im Sinne des Lehnrechtes? —). Bei Entscheidung des Falls ist also, genau besehen, der Gesichtspunkt maßgebend, daß hier der Partei ein Urteil zugemutet wird, zu welchem ihr die tatsächlichen Grundlagen fehlen. Vergl. Entscheidung des Obergerichtes Wolfenbüttel vom 11. Juni 1869 (S.A. 24 Nr. 286 S. 433).

b) Aus dem gleichen Gesichtspunkt ist als unbestimmt die Eideszuschiebung verworfen worden, „daß die Großmutter der Parteien ihrem Ehemann eine Summe von 1000 M. in baar zugeführt habe". Da es sich um einen Zeitraum von über fünfzig Jahren handle, könne den Parteien, die in der kritischen Zeit zum Teil noch gar nicht geboren waren, in Ermangelung näherer Angaben über die Umstände der Zuführung ein Eid nicht zugemutet werden. Mit anderen Worten: es handelt sich um ein Urteil aus unbestimmten Prämissen. Vergl. Entsch. des OAG. Dresden vom 4. März 1869 (Dresdener Annalen NF. 6 S. 52 und SA. 24 Nr. 172 S. 267).

c) Nicht anders verhält es sich bei der Zuschiebung des Eides, „daß durch die Störungen des Beklagten bei der Wassermühle des Klägers Wassermangel verursacht wurde und dem Kläger daraus ein Schaden erwachse". Dieser Eid ist nach dem Gericht nicht hinreichend bestimmt, weil nicht ersichtlich sei, zu welcher Zeit und unter welchen Umständen der behauptete Schaden hervorgetreten

II. Die Eideszuschiebung muß sich auf eine einzelne, in die Eidesformel selbst aufgenommene Tatsache oder auf eine Mehrheit solcher Einzeltatsachen beziehen.

---

sei. Das bedeutet eben: Der Partei wird zugemutet, anstatt bestimmt umgrenzter Tatsachen, Schlußfolgerungen aus solchen zu beschwören, also ein tatsächliches Urteil zu fällen. Vergl. Entsch. des OAG. Kiel vom 25. Juni 1845 (S.A. 15 Nr. 87 S. 153).

d) In aller Klarheit wird die bestimmte Tatsache dem Urteil gegenübergestellt, wenn die Eideszuschiebung darüber verworfen wird, daß der Beklagte die Vertragsurkunde immer in dem Sinne verstanden habe, wie in der Klage ausgeführt. Denn die Auslegung einer Urkunde bildet gerade einen typischen Fall des Urteils im (vulgären) Gegensatz zur Tatsache. Vergl. Entsch. des Obertrib. Stuttgart vom 7. Mai 1852 (S.A. 6 Nr. 81 S. 108).

Dem gleichen Standpunkt begegnen wir bei einer Reihe höchstrichterlicher Entscheidungen, die unter der Herrschaft der ZPO. ergangen sind, d. h. auch hier wird häufig ein Eidesthema als zu unbestimmt aus dem Grunde verworfen, weil es auf ein Urteil des Schwurpflichtigen hinauslaufen würde.

a) Dies ist beispielsweise für den Eid geschehen, daß der Geschäftsumsatz des letzten Jahres „zirka 40000 M. betragen habe", worin offenbar ein Urteil über das „Ungefähre" der Schätzung enthalten liegt. Vergl. RG. (1 Z.S.) 17. Sept. 1898 (JW. 98 S. 602 Nr. 19 = S.A. 54 Nr. 120 S. 225): „Damit ist der Beurteilung des Beklagten überlassen, was er unter „Zirka" verstehen will und dem Gewissen des Beklagten ein Spielraum gelassen, der der Bedeutung und Aufgabe des Eides widerspricht."

b) Als zu unbestimmt wurde im Hinblick auf das dem Schwurpflichtigen zugemutete Urteil der Eid angesehen, daß „Beklagter für den Kläger im Tagelohn Arbeiten für mehr als 3000 M. geliefert habe". Vergl. RG. (6 Z.S.) 8. Mai 1890 (Bolze 9 Nr. 796b).

c) Ähnlich für einen Fall, in welchem Beklagter wegen eines Mankos bei Bierlieferungen Ersatz begehrt und, anstatt den Sollinhalt und wirklichen Inhalt der Fässer genau anzugeben, einen Eid mit den allgemeinen Wendungen zuschiebt: „mindestens zwei Liter zu hoch" und „mindestens achtzig Hektoliter Lagerbier mehr". Vergl. RG. (3 Z.S.) 20 September 1895 (Bolze 21 Nr. 793).

d) Als zu allgemein wird ferner der Eid verworfen, daß Kläger während einer bestimmten Zeit durch Hingabe von Summen an seinen Sohn, den Teilnehmer einer Gesellschaft, mindestens 12000 M. „in das Geschäft der Firma EH. hingegeben habe". In der Tat setzt die Aussage, ob und inwiefern das Geld für die Bedürfnisse der Firma ausgegeben worden ist, eine urteilende Tätigkeit voraus, für welche im gegebenen Falle die tatsächlichen Unterlagen nicht angegeben sind. Vergl. RG. (1 Z.S.) 16. September 1896 (Bolze 23 Nr. 786).

e) Genau ebenso verhält es sich mit dem Eide, der Beklagte habe auf seinen Reisen nicht mehr als durchschnittlich höchstens 12 M. „im Interesse des Geschäftes verbraucht". Vergl. RG. (6 Z.S.) 8 März 1894 (JW. 94 S. 197 Nr. 16 = Bolze 18, 714): „Das Eidesthema muß ein so fest umschriebenes sein, daß es seinem Inhalte nach die Gewähr für die Möglichkeit einer mit vollendeter Gewissenhaftigkeit und Überzeugungstreue abzugebenden Erklärung bietet.

Es ist unzulässig, den Eid etwa dahin zu formulieren, ob die „in der Klageschrift enthaltenen“ oder ob „die in der mündlichen Verhandlung von einer Partei aufgestellten Behauptungen“ wahr

---

f) In einem anderen Falle handelt es sich darum, „ob Kläger gewußt, daß Beklagter nicht imstande sei, die Verbindlichkeiten effektiv zu erfüllen“. Der Eid über diese Behauptung wird als viel zu allgemein bezeichnet, und zwar mit Recht, da er ein Urteil über die gesamten Vermögensverhältnisse des Beklagten voraussetzt; vergl. RG. (6 Z.S.) 19. März 1896 (Bolze 22 Nr. 764).

g) Wenn ferner die beklagte Versicherungsgesellschaft den Kläger schwören lassen möchte, daß er „wenigstens der intellektuelle Urheber des Brandes sei“, so durfte das Reichsgericht diesen Eid getrost zu den unbestimmten rechnen denn vom Kläger wird ohne Angabe tatsächlicher Momente ein rechtliches Urteilder allerschwersten Art verlangt; vergl. RG. (3 Z.S.) 11. Juni 1886 (Bolze 3 Nr. 1265).

h) Lehrreich ist auch folgender Fall. Der Bauherr hat dem Bauunternehmer außer den im Anschlag festgesetzten 208000 M. noch 5000 M. zu zahlen sich verpflichtet, weil nach Versicherung des Unternehmers der erstgenannte Betrag nicht einmal zur Deckung seiner eigenen Kosten ausgereicht habe. Wenn nun im Prozeß um den versprochenen Zuschuß der Bauherr geltend macht, die Akkordsumme habe tatsächlich ausgereicht, so kann er über diese Behauptung schlechthin den Eid nicht zuschieben. Er mußte vielmehr, sagt das Reichsgericht, substanziiert darlegen, welche geringeren Auslagen dem Kläger tatsächlich erwachsen seien; d. h. mit anderen Worten, der Eid ist zu unbestimmt. Warum? Weil die Darstellung, ob ein Geldbetrag zur Deckung von Kosten hinreiche, ein Urteil in sich schließt, dessen tatsächliche Unterlagen (die einzelnen Ausgaben und ihre Höhe) vom Zuschiebenden nicht angegeben sind; vergl. RG. (1 Z.S.) 21. März 1891 (Bolze 12 Nr. 709, 711, 722).

i) Der Kläger hat für den Beklagten über zahlreiche Häuser desselben Mietverträge abgeschlossen. Im Prozeß wird ihm der Eid zugeschoben, er habe bis zu einem bestimmten Tage „den Betrag von 13500 M. oder wieviel weniger erzielt.“ Als unzulässig abgelehnt, weil damit dem Gegner generell der Eid über das Ergebnis seiner Berechnungen zugemutet werde; es seien die behaupteten Tatsachen nicht hinreichend bestimmt. Also auch hier: ungenügend bestimmte Tatsache = Urteil; vergl. RG. (1 Z.S.) 5. Oktober 1894 (JW. 94, 518 Z. 9 = Bolze 19 Nr. 787).

k) Andererseits wurde der Eid darüber, daß die in der Klage genau bezeichneten Papiere „sich in dem Nachlaß des Erblassers befanden“, unter der Voraussetzung für genügend bestimmt erklärt, daß die Erblasserin des Beklagten Inhaberin des Nachlasses gewesen sei. Damit ist ausgedrückt, daß die Aussage über die Zusammensetzung des Nachlasses im besonderen Falle dem Schwurpflichtigen zugemutet werden kann, obgleich sie ein Urteil (Zugehörigkeit zum Nachlaß oder zum persönlichen Vermögen des Erben) in sich schließt; vergl. RG. (3 Z.S.) 22 Mai 1896 (Bolze 22 Nr. 769).

l) Beklagter soll schwören, ob er nicht „in den Jahren 1901, 1902, 1903 in jedem Jahr wiederholt den Tantiemenanspruch des Klägers diesem gegenüber anerkannt

seien. [1]) Eine solche Eideszuschreibung würde die zu beschwörende Tatsache nicht bestimmt bezeichnen. In diesem Sinne bildet der Begriff „bestimmte Tatsache“ den Gegensatz zu einer „insgesamt in Bezug genommenen Geschichtserzählung“. In dem angegebenen Gegensatz stecken nun freilich, genau besehen, zwei Grundsätze, die nicht miteinander zusammenfallen. Der eine ist mehr materieller Natur und hat es mit dem stofflichen Gegenstande des Eides zu tun. Der andere hat mehr formelle Bedeutung und betrifft die Fassung des Eidesthemas.

1. Der erste Grundsatz geht dahin, daß die Eideszuschiebung sich (was ihren Gegenstand betrifft) grundsätzlich nicht auf alles beziehen darf, was der Kläger (etwa in der Klageschrift) und was der Beklagte (etwa in der mündlichen Verhandlung) vorbringt. Darin liegt ein bemerkenswerter Gegensatz zum Zeugenbeweis, bei welchem alle Aussagen des Vernommenen gleichmäßig beschworen werden.

Dieser Gegensatz erklärt sich ohne weiteres aus der verschiedenen Bedeutung der Zeugenaussage und der Parteibehauptung. Die Zeugenaussage wirkt nur vermöge ihres Einflusses auf die Überzeugung des Richters. Dieser entnimmt aus der gesamten Erzählung des Zeugen die Tatsachen, die er als erheblich ansieht und die nach seinem Ermessen richtig sind (— wobei er ihre Wahrheit ohne Rücksicht auf den Eid annehmen kann, wie er ihnen umgekehrt auch trotz der Beschwörung den Glauben versagen kann —). Behält man diesen Gesichtspunkt

---

habe.“ Dieser Eid wird als zu unbestimmt abgelehnt, weil dem Beklagten zugemutet werde, eine ganze Reihe von Unterredungen daraufhin zu prüfen, ob in ihnen ein Anerkenntnis gefunden werden könnte (mit anderen Worten: ein Urteil zu fällen); OLG. Hamm 25. Oktober 1906 im Recht 06 Nr. 3327.

m) Ähnlich liegt es mit dem Eid über den „Erwerb aus eigenen Mitteln“ im Sinne der K.O. § 45: Bayerisches Oberstes Landesgericht 5. Juni 1886 (S.A. 42 Nr. 71).

n) Der Beklagte soll schwören, „daß seine Vermögensverhältnisse ihm die Begleichung einer Restschuld nicht gestatten“ (— unter welcher Bedingung ihm diese Restschuld erlassen ist). Hierin liegt natürlich ein Urteil, und zwar gerade über den für die Entscheidung wesentlichen Streitpunkt. Daher ist die Eideszuschiebung unzulässig; vergl. OLG. Hamburg 11. Juni 1888 (S.A. 44 Nr. 242 S. 388).

1) Dieser Gesichtspunkt wird richtig hervorgehoben von Richard Schmidt, Lehrbuch 2. Aufl. S. 531, nach welchem „eine Eideszuschiebung über das gesamte Parteivorbringen unstatthaft ist“ (s. auch S. 531 Anm. 1); Petersen 4. Aufl. zu § 451; auch Struckmann-Koch zu § 451.

im Auge und beachtet man ferner, daß der beeidigte Zeuge an der Sache nicht interessiert ist, durch den Schwurzwang also auch nicht in einen Gewissenskonflikt gerät, so versteht man, daß hier der Eid stofflich die gesamte gemachte Aussage deckt.

Die Parteibehauptungen dagegen haben im Prozeß eine andere Tragweite. Sie sollen zum Gegenstande des Parteieides erst im Notfalle gemacht werden. Sie dürfen erst dann in das Gewissen des Gegners gestellt werden, wenn sie erheblich und nicht anderweitig bereits festgestellt oder widerlegt sind. Deshalb muß der Richter, bevor er auf den Eid erkennen darf, innerhalb der von einer Partei vorgebrachten Tatsachen eine genaue Sonderung vornehmen. Er muß ausscheiden: alle die Tatsachen, die für die Entscheidung nicht wesentlich sind; alle diejenigen, die einer Feststellung nicht bedürfen (weil für sie oder ihr Gegenteil Offenkundigkeit besteht); alle diejenigen, die bereits durch sonstige Prozeßvorgänge formell festgestellt oder formell widergelegt sind (durch Nichterklärung, Säumigkeit, Geständnis); alle diejenigen endlich, die nicht zur Beweislast des Behauptenden stehen. Ist diese Sonderung vollzogen, so bleibt in der Regel nur eine ganz geringe Anzahl von Umständen, meist sogar nur eine einzige Tatsache übrig, welche (weil erheblich, vom Zuschiebenden zu beweisen, und noch nicht anderweitig feststehend oder widerlegt) für den zuzuschiebenden Eid einen geeigneten Gegenstand abgibt.

Dies erklärt sich aus dem Gesichtspunkte, daß die mit der Eideszuschiebung verbundene Möglichkeit, auf das Gewissen des Gegners einen erheblichen Druck auszuüben, erst beim Vorliegen streng gefaßter Voraussetzungen, erst beim Versagen anderer Feststellungsmittel, also im äußersten Falle, dem Beweispflichtigen durch das Gesetz gewährt wird. Darum bezieht sich der Eid grundsätzlich nicht auf das Parteivorbringen insgesamt, sondern auf ein einzelnes daraus entnommenes Stück; in der strafrechtlichen Terminologie ausgedrückt: nicht auf den gesamten Tatbestand, sondern auf einzelne Tatbestandsmerkmale.

Wenn nun aber auch nach dem Gesagten Parteivorbringen und Eidesgegenstand voneinander prinzipiell zu unterscheiden sind, so kann es sehr wohl sein, daß sie sich im Einzelfalle nach der besonderen Gestaltung des Prozesses völlig decken. Es kann namentlich in einfach gelagerten Fällen sehr wohl sein, daß Kläger sich auf eine einzige Tatsache beruft, die von ihm zu beweisen, die bestritten, die erheblich, die anderweitig weder festgestellt

noch widerlegt ist. Falls er hier über diese Tatsache den Eid zuschiebt, so verlangt er — wenn man den behaupteten und den zu beschwörenden Prozeßstoff miteinander vergleicht — im Ergebnis vom Gegner den Schwur über das gesamte Parteivorbringen. Man nehme den Fall, daß Kläger auf Rückgabe einer dem Gegner angeblich geliehenen Sache klagt und dem den Empfang bestreitenden Beklagten den Eid über den behaupteten Leihvertrag zuschiebt: hier soll genau ebensoviel abgeschworen werden wie behauptet. Und was für einfachere Tatbestände gilt, kann .auch bei solchen zutreffen, die aus einer großen Zahl von Tatsachen gebildet werden, vorausgesetzt natürlich, daß für jede der letzteren die allgemeinen Voraussetzungen zulässiger Eideszuschiebung verwirklicht sind. Auch hier kann es sein, daß der Eid auf alle „in der Klage enthaltenen" oder „bei der mündlichen Verhandlung von der Partei behaupteten" Tatsachen sich erstreckt, daß er geradezu eine ganze Geschichtserzählung in sich aufnimmt[1]). Es braucht wohl kaum hervorgehoben zu werden, daß auch in solchen Fällen der Richter sich bei Formulierung des Themas möglichster Einfachheit befleißigen muß, um die Verständlichkeit und Übersichtlichkeit des Eides tunlichst zu sichern.

2. In jedem Fall aber muß der Parteieid das Schwurthema formell in sich selbst aufnehmen. Damit gelangen wir zu der zweiten (auf die Formulierung des Eides bezüglichen) Anwendung des an die Spitze gestellten Grundsatzes. Der Parteieid nimmt seinen Gegenstand immer in sich selbst auf. Die Partei behauptet nicht, daß wahr sei, „was sie behauptet hat", unwahr, „was der Gegner vorgebracht hat", sondern der Inhalt jener Behauptung und dieses Vorbringens wird zu einem Stück der

1) Dies schließt natürlich nicht aus, daß in gewissen Fällen — der Übersichtlichkeit halber — der Parteieid auf sonstige Angaben Bezug nimmt. So namentlich, wenn es sich um langwierige Aufzählungen von Gegenständen handelt. Hier ist es statthaft, den Eid etwa so zu formulieren: „es ist nicht wahr, daß ich die in der Klageschrift (in dem Schriftsatze vom 10. Januar 1908) augegebenen Waren bestellt habe." Auch hier unterscheidet sich der Parteieid noch immer auf das wesentlichste von dem Zeugeneide, indem er nicht, wie jener, sich nicht seinem ganzen Inhalte nach in einer Bezugnahme erschöpft, indem er vielmehr von dem stofflichen Gegenstande der eidlichen Versicherung soviel als tunlich, jedenfalls die wesentlichen Bestandteile (in unserem Beispiele die Nichtbestellung) in sich aufnimmt, und nur aus Gründen der Einfachheit und Übersichtlichkeit eine Verweisung eintreten läßt.

Schwurformel. Der Parteieid ist also kein bezugnehmender, sondern ein in sich selbst geschlossener, aus sich selbst verständlicher. Er wird, wenn man so sagen darf, nicht in blanco geleistet, sodaß sein Inhalt erst aus sonstigen Prozeßakten (Klageschrift, vorbereitenden Schriftsätzen, mündlichem Vorbringen) zu entnehmen wäre, sondern der festzustellende Prozeßstoff ist unter eidlicher Versicherung ausdrücklich zu wiederholen. In diesem Sinn ist der Satz, daß die Eideszuschiebung „über das gesamte Parteivorbringen" unstatthaft sei, ausnahmslos zutreffend. Es muß eben das Objekt und damit die Tragweite des Schwurs aus ihm selbst zu entnehmen sein. Und zwar macht es hierbei keinen Unterschied, ob das Thema einfach oder umfangreich ist, ob es sich — was nach dem früher Gesagten die Regel bildet — nur auf ein Stück des vom Zuschiebenden behaupteten Tatbestandes oder aber — ausnahmsweise — auf das gesamte Parteivorbringen erstreckt. Selbst in dem letzteren Falle ist der bezugnehmende Parteieid ausgeschlossen.

Auch in dieser Beziehung unterscheidet sich der Parteieid recht wesentlich vom Zeugeneide. Bei dem letzteren ist die Eidesformel eine stereotype. Der Zeuge beschwört die Wahrheit und (sehr bemerkenswerter Weise auch) die Vollständigkeit dessen, was er aussagen soll oder ausgesagt hat. Erst aus dieser Aussage ist der stoffliche Inhalt des Beschworenen zu entnehmen. Beim Zeugen ist der Eid immer ein bezugnehmender. Bei den Parteien dagegen bildet der Stoff der eidlichen Aussage schon äußerlich einen Bestandteil der Eidesformel. Daher sind nur die Anfangs- und Schlußworte des Eides durch das Gesetz vorgezeichnet, während der stoffliche Gegenstand bei jedem einzelnen Fall im Anschluß an die Eideszuschiebung der Partei erst durch den Richter zu formulieren ist. So kann man in zugespitzter Wendung den Satz aufstellen: Die Partei beschwört die Wahrheit oder Nichtwahrheit einer Tatsache, der Zeuge beschwört die Wahrheit und Vollständigkeit einer Aussage.

III. Kaum der Hervorhebung bedarf, daß die Eideszuschiebung deutlich formuliert sein muß. D. h. sie muß so beschaffen sein, daß sie einen für Richter und Gegner verständlichen Sinn abgibt. Undeutliche — auch durch richterliche Fragen nicht aufgeklärte — Parteiausführungen sind überhaupt unbeachtlich. Es gilt insofern für die Eideszuschiebung nichts anders als für die sonstigen Parteierklärungen. In diesem Sinn bildet die „bestimmte

Tatsache" den Gegensatz zu der „undeutlich bezeichneten Tatsache".[1])

Aus dem angegebenen Gesichtspunkte folgt, daß in der Urteilsformel unklare oder mehrdeutige oder in ihrer Tragweite nicht unzweifelhafte Ausdrücke zu vermeiden sind.[2]) Des weiteren ergibt sich daraus, daß dem § 451 CPO. nicht entsprochen ist, wenn die Eidesformel Gegenstand und Bedeutung des Eides nicht für sich allein genommen erkennen läßt, sondern nur in ihrer Zusammenfassung mit einem anderen Prozeßvorgang, etwa mit einer Zeugenaussage oder mit der Klageschrift.[3])

IV. Aber auch eine Behauptung, die für sich betrachtet einen durchaus vernünftigen Sinn ergibt, ist darum als Grundlage der Eideszuschiebung keineswegs schon hinreichend bestimmt. Es genügt nämlich nicht, daß sie an sich, d. h. unabhängig von dem gegenwärtigen Rechtsstreit, hinreichend deutlich wäre. Sondern sie muß ihre Bedeutung gerade für den vorliegenden Prozeß erkennen lassen. Die Eideszuschiebung muß mithin die festzustellende Tatsache so angeben, daß ihre Erheblichkeit für die Entscheidung durch Richter und Gegner beurteilt werden kann. Denn, wenn schon eine Behauptung, der die Schlüssigkeit fehlt, vom Richter nicht zu berücksichtigen ist, so muß erst recht die Eideszuschiebung unzulässig sein, wenn sie dem Gegner hinsichtlich einer für die Entscheidung unwesentlichen Tatsache die bedeutende Verantwortung des Schwurs aufbürden will. So angesehen, steht die „bestimmt zu bezeichnende Tatsache" in Gegensatz zu einer „Tatsache, deren Erheblichkeit nicht erkennbar ist."

---

1) Hierher dürfte wohl die Entscheidung RG. (3 Z.S.) 13. November 1896 gehören, deren Tatbestand allerdings aus dem kurzen Referat in JW. 96 S. 690 Nr. 15 nicht deutlich hervorgeht: die Tatsachen seien so unbestimmt und unklar gehalten, daß damit dem § 451 nicht genügt sei.

2) Ein Beispiel bietet das Urteil RG. (4 Z.S.) 25. Juni 1891 (Bolze 13 Nr. 683), woselbst der Ausdruck „Archiv" für die in einem Nachlaß befindliche Privatsammlung von rechtserheblichen, auf das Vermögen der Familie bezüglichen Urkunden als mehrdeutig abgelehnt wird.

3) Aus diesem Gesichtspunkt ist für unzulässig erklärt der Eid darüber, „daß Beklagter sich so geäußert habe, wie X oder Y"; vergl. RG. (2 Z.S.) 23. Oktober 1891 (JW. 91 S. 528 Nr. 9 = Bolze 13 Nr. 684c); oder „Beklagter habe die Vertragsurkunde immer in dem Sinne verstanden, wie es Kläger in der Klageschrift ausführe" (— hier handelt es sich überdies um ein Urteil: nämlich Auslegung des Vertrages —); vergl. Obertribunal Stuttgart 7. Mai 1852 (S.A. 6 Nr. 81 S. 108).

Das Erfordernis der Bestimmheit in der eben angegebenen Richtung wird, wie ein Blick auf die Rechtsprechung zeigt, von den Beteiligten manchmal außer Acht gelassen. Nicht selten begegnet man in der Praxis Eideszuschiebungen, die an sich durchaus klar und verständlich wären, die aber den für die Entscheidung allein erheblichen Punkt nicht oder nicht deutlich genug hervortreten lassen. Solche Eidesdelationen beruhen zum Teil auf ungenügender Kenntnis der Tatsachen bei der Partei, zum Teil auf ungenügender Information beim Anwalt. In den meisten Fällen freilich haben sie bedauerlicher Weise ihren Grund darin, daß der Zuschiebende, mag er nun Prozeßbeteiligter oder Parteivertreter sein, den Prozeßstoff nicht in genügendem Maße rechtlich gewürdigt und sich über die erheblichen Bestandteile desselben keine hinreichende Klarheit verschafft hat. Hier und dort mag es wohl auch an der wünschenswerten Ausübung des richterlichen Fragerechtes gefehlt haben.[1]) Wie dem nun auch sein mag, mit vollem Rechte werden Eideszuschiebungen, die so ungenau formuliert sind,. als unzulässig verworfen. Freilich wird diese Ablehnung nicht immer in zutreffender Weise begründet. In der Regel aber wird durchaus zutreffend hervorgehoben, die Eidestatsache sei nicht hinreichend „bestimmt" bezeichnet, worunter — genau besehen — verstanden wird, daß ihre Erheblichkeit nicht klar genug hervortritt.

Die Rechtsprechung unserer höheren Gerichte bietet hierfür einige lehrreiche Beispiele.[2])

II. Der Eid muss betreffen eine konkrete (individualisierte), substanziierte Tatsache.

§ 3.

1. Die konkrete Tatsache im Gegensatz zum generellen Tatbestand überhaupt.

Die Eideszuschiebung muß nicht nur eine Tatsache (im vulgären Sinne), nicht nur eine einzelne, eine deutliche, und nicht

1) Natürlich muß das Gericht durch Ausübung seines Fragerechtes auf die genauere Fassung des Eides hinwirken, wenn die Umstände darauf hinweisen, daß die zuschiebende Partei hierzu imstande wäre; vergl. RG. (2 Z.S.) 5. Oktober 1906 (JW. 06 S. 717 Nr. 16; auch im Recht 06 Nr. 3217); ferner RG. (6 Z.S.) 19. Dezember 1907 (JW. 08 S. 76 Nr. 12), namentlich am Schluß; RG. (5 Z.S.) 21. November 1885 (Gruchot 30 S. 736).

2) Hervorgehoben seien folgende;

nur eine in ihrer Erheblichkeit erkennbare Tatsache betreffen, sondern sie muß sich auf einen besonderen Einzelvorgang oder Einzelzustand (oder auf eine Mehrheit von solchen) beziehen. Sie darf sich nicht mit einer bloßen Wiedergabe des abstrakten gesetzlichen Tatbestandes begnügen, muß vielmehr hinreichend konkret gefaßt sein. Sie darf sich nicht auf die allgemeine Angabe beschränken, daß irgend ein unter das Gesetz fallender Tatbestand im gegebenen Falle verwirklicht sei, sondern muß einen besonderen Anwendungsfall bezeichnen, also spezialisiert

---

a) Der Ehemann hat Schulden seiner Frau an einen Dritten gezahlt. Die Frau behauptet in einem über die Anrechnung entstandenen Prozeß, der Ehemann habe die Beträge „in der ausdrücklichen Absicht gezahlt, sie ihr zu schenken.“ Die Eideszuschiebung hierüber wird als nicht genügend bestimmt abgelehnt, weil sie in dieser Fassung nicht erkennen lasse, ob der Ehemann förmlich geschenkt oder nur künftigen schenkungsweise zu erklärenden Erlaß in Aussicht gestellt habe; RG. (3 Z.S.) 19. Mai 1886 (Bolze 3 Nr. 1257).

b) Das aus einem bestimmten Wald verkaufte Holz kann wegen Zwangsversteigerung des Grundstücks nicht geliefert werden. Es handelt sich darum, ob Verkäufer die Unmöglichkeit der Lieferung hätte voraussehen können. Ihm wird der Eid zugeschoben, ob er nicht „gewußt habe von der Überschuldung des Waldeigentümers, fruchtlosen Pfändungen, Arresterwirkung gegen ihn, Androhung von Zwangsversteigerung und Konkurs“. Die Eideszuschiebung wird als zu unbestimmt — offenbar wegen mangelnder Schlüssigkeit — verworfen; RG. (4 Z.S.) 12. April 1886 (Bolze 3 Nr. 1259).

c) Gestritten wird um die Aufhebung einer Vertragsbestimmung. Kommt es gerade darauf an, unter welchen Bedingungen sie erfolgt wäre (ob gegen Entgelt usw.), so ist die „Beseitigung“ schlechthin kein geeignetes Thema, weil in dieser Allgemeinheit unschlüssig; vergl. RG. (2 Z.S.) 2. Juli 1886 (Bolze 3 Nr. 1275).

d) Ein Miterbe hat angeblich zu Unrecht von einer Forderung der Erblasserin 4000 Taler eingezogen und wird auf Verrechnung verklagt. Er behauptet, sie mit Einverständnis der übrigen Erben „als sein Eigentum gebucht zu haben.“ Der Eid hierüber wird wegen mangelnder Bestimmtheit und Schlüssigkeit der Tatsachen als unerheblich abgelehnt: vergl. RG. (6 Z.S.) 19. Februar 1891 (Bolze 11 Nr. 801).

e) Streitpunkt ist, ob der Kommissionär, der ein von dritter Seite erhaltenes Kaufangebot nicht annahm, sich dadurch einer Vertragsverletzung gegen den Kommittenten schuldig gemacht hat. Die Eideszuschiebung über die bloße Tatsache des Kaufangebots wird wegen mangelnder Schlüssigkeit als unzulässig bezeichnet. Mit Recht! Denn die eidlich abzuleugnende Tatsache stellt für sich allein natürlich noch kein Verschulden des Kommissionärs dar; vergl. RG. (3 Z.S.) 20. Oktober 1891 (Bolze 13 Nr. 689).

f) Der verklagte Wechselschuldner behauptet, Kläger habe einen Wechsel nur erworben, um gewisse Einreden abzuschneiden. Er verlangt, Kläger solle schwören, ob er nicht den Wechsel für Rechnung und „im Interesse“ eines Dritten gelten mache. Solche Formulierung ist zu unbestimmt, es wären die Tatsachen,

sein. Sie muß so viel tatsächlichen Stoff beibringen, als nötig ist, um einen derartigen Sonderfall darzustellen, also genügend substanziiert sein. Sie muß schließlich den einzelnen Tatbestand so genau kennzeichnen, daß er von anderen möglichen, einzelnen Tatbeständen gleicher Art unterscheidbar sei: d. h. sie muß ihn ausreichend individualisieren. Faßt man alles das zusammen, so bildet die bestimmte Tatsache in diesem Sinne den Gegensatz zum abstrakten (oder allgemeinen oder generellen) Tatbestand.

Gerade in dieser Bedeutung bietet nun das Erfordernis der Bestimmtheit seine ganz besonderen Schwierigkeiten. Als Beweis hierfür mag schon der Umstand dienen, daß die Gerichtsentscheidungen, die vom § 451 ZPO. handeln, in ihrer großen Mehrzahl es gerade mit dem dargelegten Gegensatz zu tun haben. Ein Fall ist es namentlich, der die Praxis immer und immer wieder beschäftigt. Der auf Scheidung verklagte Ehegatte [1]) behauptet, um eine andere Beurteilung der Schuldfrage herbeizu-

---

aus denen sich dieses Interesse ergeben soll, anzugeben gewesen, und zwar so, daß man ihre Erheblichkeit hätte würdigen können; vergl. RG. (1 Z.S.) 26. Juli 1898 (J.W. 98 S. 538 Nr 1 und S. 539 Nr 2).

g) Zu unbestimmt ist der Eid, der über gewisse Handlungen „der beklagten Firma" zugeschoben wird, weil er nicht erkennen läßt, ob die — allein erheblichen — Handlungen (oder Wahrnehmungen) eines Firmenvertreters in Frage stehen; vergl. RG. (2 Z.S.) 12. März 1901 (JW. 01 S. 305 Nr. 7).

h) Ist es für die Wirksamkeit einer Aufforderung nötig, daß sie gerade an einen zur Vertretung berechtigten Beamten des beklagten Fideikommißbesitzers erfolge, so ist die Eideszuschiebung über die Mitteilung an einen Beamten schlechthin wegen mangelnder Schlüssigkeit unzulässig; vergl. RG. (5 Z.S. 5. November 1902 (JW. 02 S. 632 Nr. 7).

i) Hierher gehört vielleicht auch die — mir nur aus dem kurzen Extrakt bei Sörgel 1904 S. 408 zugängliche, in der Hanseatischen Gerichtszeitung 1903 Hauptblatt S. 287 abgedruckte — Entscheidung des Oberlandesgerichtes Hamburg vom 12. Oktober 1903. Als „nicht bestimmt" genug wird die Eidestatsache bezeichnet, daß Klägerin nach dem 10. November 1901 fällige Wechselverbindlichkeiten „aus Mangel an paraten Mitteln unbezahlt gelassen habe". Maßgebend für die Entscheidung scheint gewesen zu sein, daß die so formulierte Tatsache die Erheblichkeit nicht genügend erkennen läßt. Vielleicht lag für das Gericht das Bedenken allerdings auch darin, daß die Eidesformel ein rechtliches Urteil enthält. Es würde dann der oben unter I behandelte Gesichtspunkt Platz greifen.

1) Der Kläger kann einen Eid zur Begründung seiner Scheidungsklage natürlich überhaupt nicht zuschieben, da bezüglich solcher „Tatsachen, welche die Scheidung . . . . begründen sollen", eine Delation gemäß § 617 Abs. 2 ZPO. unzulässig ist.

führen, der klagende Teil habe seinerseits die Ehe gebrochen, und schiebt ihm hierüber einen mehr oder weniger speziell gefaßten Eid zu: ist derselbe hinreichend bestimmt[1])? Ähnlich liegt der Fall, daß eine wegen Verlöbnisbruches verklagte Person geltend macht, der klagende Teil habe ebenfalls die Verlöbnistreue verletzt[2]). Endlich findet sich seit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches in Literatur und Rechtsprechung die Frage lebhaft erörtert, ob der angebliche uneheliche Vater, der auf Unterhalt verklagt ist, der Mutter einen Eid schlechthin darüber zuschieben darf, ob sie nicht während der Empfängniszeit Umgang mit anderen Männern gehabt habe[3]). Andere (vielleicht weniger häufige, aber recht lehrreiche) Beispielsfälle sind später noch anzuführen: sie lassen sich natürlich beliebig vermehren.

Betrachten wir im folgenden zunächst die für ihre Behandlung maßgebenden Grundsätze. Hierbei muß ausgegangen werden von dem Verhältnis des einzelnen Prozeßfalles zu der allgemeinen Rechtsregel, die in ihm zur Anwendung kommt.

I. Der Rechtssatz knüpft in allgemeiner Weise eine gewisse Rechtsfolge an einen gewissen Tatbestand.

Dieser Tatbestand ist, ebenso wie die daraus fließende Rechtswirkung, nur ganz abstrakt gedacht: wenn ein Ehegatte die Ehe bricht (irgend ein Ehegatte seine Ehe), so kann der andere Scheidung verlangen. In dem einzelnen Prozeß dagegen muß es sich natürlich handeln um ein behauptetes besonderes Geschehnis, welches sich angeblich mit dem gesetzlichen Tatbestande deckt, also die dort allgemein vorgesehene Folge im Einzelfalle nach sich gezogen hat. Aus dem Wesen der Rechtsanwendung folgt von selbst, daß ihr Gegenstand ein konkreter sein muß, während das Gesetz im materiellen Sinne — wenigstens normaler Weise — eine abstrakte Regel aufstellt.

Es liegt nun auf der Hand, daß jede noch so allgemein gehaltene Prozeßbehauptung gegenüber dem gesetzlichen Ausspruch

---

1) Hierher gehörige zahlreiche Entscheidungen werden uns im Laufe der Darstellung begegnen.

2) Vergl. Urteil des OLG. Hamburg 30. Januar 1904 (S.A. 59 Nr. 205).

3) Da Streitigkeiten dieser Art regelmäßig in erster Instanz vom Amtsgericht, in letzter vom Landgericht entschieden werden, so sind höchstrichterliche Urteile hierüber naturgemäß selten. Um so häufiger sind in der Literatur die von Praktikern herrührenden Äußerungen zu der Frage.

bereits einen erheblichen Grad der Spezialisierung besitzt. Denn in jedem Falle macht sie geltend, der gesetzliche Tatbestand sei mit Bezug auf die streitenden Parteien oder mit Bezug auf ein zwischen ihnen bestehendes Rechtsverhältnis verwirklicht. Das Gesetz handelt davon, daß irgend ein Mensch die Ehe bricht. Die Scheidungsklage dagegen, mag sie sich auch auf die ganz allgemeine Aussage beschränken: „Beklagter habe die Ehe gebrochen", behauptet hiermit die Verletzung der unter den Parteien bestehenden Ehe durch den beklagten Gatten: also Bruch einer bestimmten Ehe durch eine bestimmte Person.

Darin steckt naturgemäß schon ein gewaltiges Stück Spezialisierung. Die gesetzliche Bestimmung und die Klagebehauptung unterscheiden sich (abgesehen von anderen naheliegenden Differenzen), was die Bestimmtheit anlangt, nicht nur quantitativ; diese ist nicht bloß bestimmter als jene. Sondern es handelt sich um eine qualitative Verschiedenheit. Das Gesetz ist seiner Natur nach abstrakt, in diesem Sinne notwendig unbestimmt. Jede Klagebehauptung dagegen ist ihrer Natur nach konkret, in diesem Sinne notwendig bestimmt.

II. Damit ist indessen über den Grad der für die Prozeßbehauptung vorgeschriebenen Bestimmtheit noch nichts gesagt. Soll es genügen, wenn die Partei aufstellt, es sei im gegebenen Einzelfalle der gesetzliche Tatbestand verwirklicht? Man wird geneigt sein, diese Frage schlechterdings zu verneinen. Die Behauptung, Beklagter habe (zu irgend welcher Zeit, mit irgend welchen Personen, unter irgend welchen Umständen) die Ehe der Parteien gebrochen, ist offensichtlich noch viel zu allgemein.

Das ergibt sich aus folgender Erwägung. Der gesetzliche Tatbestand ist vielfach so geartet, daß er, auch wenn man ein bestimmtes Rechtsverhältnis und ein bestimmtes Subjekt ins Auge faßt, mehr als einmal sich ereignen, vielleicht beliebig oft sich wiederholen kann. Dieselbe Ehe kann durch denselben Gatten recht viele Male und unter recht wechselnden Umständen gebrochen werden, sei es jedesmal mit derselben Person, sei es mit verschiedenen. Dasselbe Eigentum des Klägers kann durch den bestimmten Beklagten zu wiederholten Malen und durch die mannigfaltigsten Handlungen gestört worden sein. Das klägerische Patentrecht kann sehr häufig und auf vielfältige Art durch einen Dritten verletzt werden. Der auf Schadensersatz Klagende kann durch die verschiedensten Akte des Gegners vorsätzlich oder

fahrlässig an seiner Gesundheit geschädigt, durch die mannigfachsten Gerüchte in seinem Kredit beeinträchtigt sein u. s. w.

Deshalb wären als zu unbestimmt die Behauptungen anzusehen: Beklagter hat unsere Ehe gebrochen; Beklagter hat mein Eigentum gestört, mein Patentrecht verletzt; Beklagter hat meine Gesundheit vorsätzlich geschädigt, meinen Kredit durch unwahre Gerüchte beeinträchtigt. Überall würde zwar damit nicht immer bloß ein Urteil ausgesprochen, sondern eine Tatsache (im vulgären Sinne) behauptet. Aber diese Behauptung, deren Vorbringen nichts weiter besagen wollte, als daß im Verhältnis der Parteien der Tatbestand einer einzelnen gesetzlichen Bestimmung verwirklicht sei, würde sich auf eine unbegrenzte Anzahl möglicher Fälle erstrecken.

III. Eine so allgemein formulierte Tatsache ist daher unbeachtlich.

1. Sie würde schon als Klagegrund ungeeignet sein. Durch sie würde das Objekt des Prozesses nicht hinreichend umgrenzt. Jeder Rechtsstreit wird wesentlich mit individualisiert durch seinen Gegenstand, d. h. durch die Rechtsverhältnisse oder Ansprüche, die in ihm festzustellen oder zu verwirklichen sind. In diesem Sinne bildet den Gegenstand beim Scheidungsprozeß der sog. Scheidungsanspruch (um diesen nicht ganz korrekten Ausdruck zu gebrauchen), beim Prozeß wegen Eigentumsstörung der Anspruch auf Beseitigung der stattgehabten und — gegebenen Falls — Unterlassung künftiger Störungen; beim Entschädigungsprozeß der Anspruch auf Ersatz des Schadens u. s. w. Alle diese Ansprüche werden individualisiert durch ihren Entstehungsgrund. Es erwachsen beispielsweise ebensoviele Scheidungsansprüche, als es Ehebruchsfälle gibt, ebensoviele Eigentumsansprüche als Eigentumsstörungen, ebensoviele Schadensersatzansprüche als schädigende Handlungen. Zur Individualisierung gehört mithin beim Scheidungsanspruch die Behauptung eines einzelnen Ehebruchs, bei der Eigentumsklage die einer einzelnen Störung, bei der Entschädigungsklage die einer einzelnen schädigenden Handlung u. s. w.

Die Notwendigkeit solcher Individualisierung erhellt schon aus folgender Erwägung. Ohne sie würde es an einem geeigneten Objekt für die Tätigkeit des Klägers, des Richters und des Beklagten, also für die gesamte Prozeßtätigkeit überhaupt fehlen. Der

Kläger z. B. könnte auf Grund der Tatsache der Eigentumsstörung (schlechthin) bestimmte Anträge, insbesondere Beweisanträge, nicht stellen. Der Richter wäre nicht imstande, die Begründetheit der Klage zu beurteilen, insbesondere eine Beweisaufnahme sachgemäß durchzuführen. Der Beklagte wäre nicht in der Lage, gegenüber der unbegrenzten Anzahl der möglichen gemeinten Tatsachen seine Verteidigung sachgemäß einzurichten. Und selbst den unwahrscheinlichen Fall vorausgesetzt, es ließe sich trotz der Allgemeinheit der klägerischen Behauptung ein Urteil fällen (etwa wegen Säumnis des einen oder anderen Teiles), so wäre die Tragweite dieses Urteiles gar nicht zu ermessen: der Gegenstand der Rechtskraft bliebe im Dunkeln. Entweder nämlich würde die Klage abgewiesen und damit eine unbeschränkte Anzahl von klägerischen Ansprüchen verneint, deren tatsächliche Grundlage gar nicht angegeben, über die also individuell gar nicht verhandelt wäre, oder es würde die Klage zugesprochen: dann bliebe unklar, welcher von den denkbaren zahlreichen Ansprüchen hierdurch bejaht werden soll. Darum verlangt unser Gesetz mit Recht Angabe eines bestimmten Klaggrundes.

Die Notwendigkeit, einen bestimmten einzelnen Tatbestand zu behaupten, bedeutet nun natürlich für den Kläger eine Last, die ein treffender Ausdruck als Behauptungslast bezeichnet. Kraft dieser darf sich Kläger nicht damit begnügen, ganz allgemein den gesetzlichen Tatbestand im Hinblick auf den gegenwärtigen Fall als gegeben aufzustellen, sondern er muß einen in Zeit oder Raum lokalisierten historischen Vorgang (oder konkreten Zustand) angeben, der von anderen möglichen Vorgängen (Zuständen) gleicher Art hinreichend unterscheidbar ist. Es liegt auf der Hand, daß schon die bloße Behauptung eines solchen individuellen Tatbestandes seine Schwierigkeit haben kann. Oft genug wird der Kläger — vielleicht auf Grund gewichtiger Anhaltspunkte — den dringenden Verdacht haben, daß irgend welche Tatsachen vorliegen, die ihm gegen den Beklagten einen Anspruch (auf Scheidung, Beseitigung von Störungen, Schadensersatz) verleihen. Vermag er diese Tatsachen zeitlich, örtlich, stofflich nicht bestimmt genug zu erfassen und darzustellen (namentlich weil sie sich nicht in seiner eigenen Person, sondern in der seines Gegners oder gar eines Dritten verwirklicht haben), dann kann er seinen Anspruch wegen Unmöglichkeit bestimmter Begründung mit Aussicht auf Erfolg auch nicht gerichtlich geltend machen.

2. Und was von den Klagebehauptungen gilt, ist nicht minder wahr für die vom Beklagten erhobenen Einreden (im Sinne des Prozeßrechts). Auch hier genügt es nicht, ganz allgemein den Tatbestand einer Einrede (Stundung, Zahlung, Erlaß, Hingabe an Zahlungsstatt, Unmöglichkeit, Geschäftsunfähigkeit u. s. w.) als vorliegend erfüllt hinzustellen. Es müssen vielmehr so viele einzelne historische Tatsachen behauptet werden, als nötig sind, um den vom Gesetzgeber normierten Einredetatbestand auszumachen. Insoweit gibt es auch für den Beklagten eine Behauptungslast, der zu genügen unter Umständen nicht leicht, vereinzelt sogar unmöglich ist.

Auch in diesem Sinne kann man von einer Selbstverantwortlichkeit der Partei reden. Sie muß den Prozeß, was das Material betrifft, auf ihre Gefahr unternehmen und durchführen. Sie muß sich gegebenenfalls durch Nachforschungen in den Stand setzen, so viel Tatsachenmaterial herbeischaffen, d. h. vor allem schon (ganz abgesehen vom Beweis oder der sonstigen Feststellung) vorbringen zu können, als erforderlich ist, um ihrer Behauptungslast, sei es in der Rolle des Angreifers oder in der des Angegriffenen, vollauf zu genügen. Sie soll auch nicht den Prozeß dazu mißbrauchen, den Gegner zur Beibringung des ihr selbst unzugänglichen Tatsachenstoffes zu zwingen. Das ist ein Gesichtspunkt, der wie später noch auszuführen, gerade beim Eide eine gewisse Bedeutung erlangt.

IV. Aus den bisherigen Ausführungen ergibt sich für das Erfordernis der Bestimmtheit der Parteibehauptung ein negatives Merkmal: sie darf sich nicht in einer Wiedergabe des gesetzlichen Tatbestandes erschöpfen.

Ein positives Kriterium für das Maß der Bestimmtheit ist damit noch nicht geboten. Ein solches ergibt sich aber daraus, daß die Parteibehauptung, um hinreichend bestimmt zu sein, einem dreifachen Erfordernis genügen muß. Erstens muß sie erkennen lassen, daß der Kläger nicht auf die unbestimmte Vorstellung des generellen Tatbestandes angewiesen ist, sondern einen individuellen Vorgang im Auge hat. Zweitens muß sie dem Richter die Vorstellung von einem solchen Vorgang in der Weise vermitteln, daß er denselben — seine Feststellung vorausgesetzt — dem Urteile zu Grunde legen kann. Und drittens muß sie dem Beklagten den gemeinten Vorgang so deutlich bezeichnen, daß dieser seine Verteidigung einzurichten vermag, daß er namentlich erkennen

kann, ob er sich überhaupt auf das gegnerische Vorbringen einzulassen braucht.[1])

Die genannten Erfordernisse sind übrigens von ungleicher Bedeutung. Sind das erste und das dritte erfüllt, so wird in aller Regel zugleich dem zweiten genügt sein. Letzteres nähert sich übrigens einem an anderer Stelle (§ 2 IV) bereits berührten Momente: dem Gesichtspunkte nämlich, daß der Richter die Erheblichkeit der Behauptung muß erkennen können.

§ 4.

2. Insbesondere die konkrete Eidestatsache.

Die im vorigen Paragraphen dargelegten Gesichtspunkte lassen sich nun sämtlich für die Lehre vom Eidesthema verwerten. Dieses muß, was die Bestimmtheit angeht, zum allermindesten den gleichen Anforderungen genügen wie der Klaggrund (die Einrede, die Replik usw.). Eine Aufstellung, die als Klaggrund der nötigen Bestimmtheit entbehren würde, ist als Eidesthema erst recht untauglich.

Damit ist übrigens nur ein Mindestmaß angegeben. Das Erfordernis der Bestimmtheit muß nämlich beim Eide noch strenger beurteilt werden, als bei einer bloßen Klagebehauptung oder Einrede. Und zwar aus einem doppelten Grunde. Zum ersten: die Klagebehauptung oder Einrede bezieht sich häufig auf einen Gesamttatbestand, der sich aus einer Reihe von Einzeltatsachen zusammensetzt, von denen die eine oder andere nicht hervorzutreten braucht. Der Eid dagegen hat meist einen enger begrenzten Gegenstand; er bezieht sich gerade auf eine aus dem Gesamttatbestand herausgenommene, streitig gebliebene einzelne Tatsache, die er naturgemäß deutlicher herausheben, insofern also bestimmter bezeichnen muß. Und zum andern: die bloße Behauptung (des Klägers oder Beklagten) bürdet dem Gegner nur die Einlassungslast auf; dieser kann durch bloßes Bestreiten dem andern Teil die Beweislast aufzwingen. Und dann ergibt sich gerade aus Anlaß der Beweisantretung für den Behauptenden die Gelegenheit und Notwendigkeit, das Thema genau zu bestimmen und die bisherige Unvollständigkeit oder Ungenauigkeit seiner Angaben zu korrigieren. Bei der Eideszuschiebung dagegen wird in gewissem Sinne die Feststellungs-

1) Die Ausführungen im Texte beanspruchen natürlich keineswegs eine erschöpfende Behandlung des Erfordernisses der Bestimmtheit bei dem Klaggrund (der Einrede usw.). Sie wollen lediglich gerade die Gesichtspunkte betonen, die sich für die Lehre vom bestimmten Eidesthema vorzugsweise verwerten lassen.



last gerade dem Gegner des Behauptenden aufgebürdet: diesem wird zugemutet, auf eigene Verantwortung die Behauptung zu leugnen. Daher muß das Maß der Verantwortung durch genaue Begrenzung des Eidesthemas tunlichst eingeschränkt werden.

Hält man diese Gesichtspunkte im Auge, so ergeben sich für die Bestimmtheit des Eidesthemas folgende negative und positive Kriterien.

I. Die Partei darf sich grundsätzlich nicht darauf beschränken, den gesetzlichen Tatbestand (unter bloßer Anwendung auf den gegebenen Fall) in den von ihr zugeschobenen Eid aufzunehmen. Das folgt nicht nur aus der oben dargelegten Behauptungslast, welcher mit einer so allgemeinen Formulierung nicht genügt wäre. Sondern das Gesagte ergibt sich gerade für den Eid aus weiteren Erwägungen.

1. Wer über eine Behauptung den Eid zuschiebt, setzt den Gegner in die Lage, gerade das Gegenteil dieser Behauptung zu beschwören. Je allgemeiner also die Behauptung, um so mehr erweitert sich das Maß dessen, was der Gegner unter schwerer Verantwortung ableugnen soll. Würde namentlich der Zuschiebende sich auf eine Wiedergabe des generellen Tatbestandes beschränken, so wäre der Gegner genötigt, bei Gefahr des Prozeßverlustes alle einzelnen Fälle abzuschwören, die möglicherweise unter den gesetzlichen Tatbestand fallen würden. Er müßte, während der Zuschiebende sich mit einer bequemen Formel begnügt, seinerseits eine vielleicht unbegrenzte Anzahl denkbarer konkreter Tatsachen eidlich ableugnen. Insofern müßte er, wenn man so sagen darf, mehr abschwören, als der andere Teil auch nur zu behaupten vermag. Wäre beispielsweise die Zuschiebung des Eides schlechthin dahin zulässig, daß der andere Gatte die Ehe gebrochen habe, so wäre dieser Gatte genötigt, jeden denkbaren Ehebruch unter seinem Schwur in Abrede zu stellen, obgleich der Deferent vielleicht nicht in der Lage war, auch nur einen Fall bloß zu behaupten. Es liegt auf der Hand, daß dem Schwurpflichtigen eine so schwer wiegende Verantwortung nicht auferlegt werden darf.

2. Dies um so weniger, als sonst die vom Gesetze gewollte Verteilung der Behauptungslast sich in ihr gerades Gegenteil verkehren würde. Dem Behauptungspflichtigen — wenn dieser bequeme Ausdruck für die von der Behauptungslast betroffene Partei verwendet werden darf — wäre es erspart, nach Tatsachen zu forschen, die seine Klage (seine Einrede, seine Replik) zu

begründen geeignet wären. Er könnte sich damit begnügen, in Gestalt des allgemeinen gesetzlichen Tatbestandes en bloc alle die einzelnen Fälle geltend zu machen, die unter denselben fallen können. Und dem Gegner bliebe es überlassen, nunmehr seinerseits — vielleicht auf Grund mühsamer Nachforschungen — festzustellen, ob er in der Lage ist, jeden unter die Formel zu bringenden einzelnen Umstand unter Eid abzuleugnen. Dem Schwurpflichtigen wäre damit nicht nur die Feststellungslast aufgebürdet, sondern sogar schon die Behauptungslast für die den Aufstellungen des anderen Teiles entgegengesetzten Tatsachen. Und zwar wäre er, verglichen mit seinem Gegner, insofern ungünstiger gestellt, als jener nur unverantwortlich vorzutragen braucht, während er selbst unter eidlicher Bekräftigung leugnen (d. h. das Gegenteil behaupten) müßte. Darin läge natürlich eine unerhörte Begünstigung des Zuschiebenden.

3. Eine solche darf aber schon deshalb nicht zugelassen werden, weil der Behauptungspflichtige ohnehin nur allzu leicht geneigt sein wird, sich dieselbe zu verschaffen. Die Tatsachen, über welche der Eid zugeschoben wird, sind meistenteils solche, für die andere Beweismittel fehlen oder versagen. Von ihnen wird sich daher der Beweispflichtige oft genug keine klare Vorstellung machen können. Er wird nicht in der Lage sein, den Tatbestand nach Zeit, Ort und sonstigen Umständen genauer zu formulieren. Er wird vielleicht sogar im unklaren darüber sein, ob ein Vorgang solcher Art sich überhaupt abgespielt hat oder nicht. Da liegt es denn nahe genug, daß er aufs Geratewohl den Tatbestand des Gesetzes schlechthin behauptet und durch Eideszuschiebung hierüber den Versuch macht, ob der Gegner jeden Anwendungsfall unter Eid abzuleugnen vermag. Wäre ihm solcher Versuch gestattet, so würde er sich auf dem einfachsten Wege der Notwendigkeit entheben können, einen konkreten Fall zu behaupten, den er in Folge seiner Unkenntnis ohnehin nicht anzuführen im Stande wäre. Zugleich zwänge er den Gegner, eine unbestimmte Mehrheit von Fällen abzuschwören.[1]) Mit der Verweigerung des Eides wäre

1) Hierbei ist natürlich nicht außer Acht gelassen, daß der Delat nicht ausnahmslos die Eideslast auf sich zu nehmen braucht, sondern sich durch Zurückschiebung der Verantwortung entledigen kann. Aber — ganz abgesehen davon, daß er bei Gewissenlosigkeit des Gegners den Prozeßverlust zu gewärtigen hat — es gibt auch Fälle, in denen die Zurückschiebung nicht möglich ist. Und gerade sie werden bei der hier vorausgesetzten Sachlage häufig sein, da der Behauptende



festgestellt, daß mindestens ein Fall sich ereignet hat, der von dem Zuschiebenden verwertet werden könnte. Insofern hätte dieser das Mittel, sich günstige Urteilsgrundlagen zu beschaffen, obgleich er präzise Tatsachen gar nicht behauptet hat. Die hierauf abzielenden Eide werden daher nicht übel als Ausholungseide bezeichnet. Nun aber ist die Aufgabe des Eides nur die, den schon vorhandenen (d. h. schon behaupteten) Tatsachenstoff in dem einen oder anderen Sinne festzustellen, nicht dagegen einer Partei durch den Gegner Urteilsgrundlagen zuführen zu lassen, deren vorgängige substanziierte Behauptung, obgleich sie ihr oblag, unterblieben war.

4. Dem Eidespflichtigen darf aber diese ungerechtfertigte Last umsoweniger aufgebürdet werden, als er sich infolge der Eideszuschiebung in einer Zwangslage befindet. Die Leistung des Schwurs kann ihn meineidig machen; die Weigerung läßt ihn den Prozeß verlieren. Darum müssen hier an die Bestimmtheit des Eidesthemas noch größere Anforderungen gestellt werden, als bei sonstigen Feststellungsmitteln, insbesondere beim Zeugenbeweise. Bei dem letzteren mag es vielfach genügen, wenn das Thema allgemeiner formuliert wird. Die genauere Konkretisierung wird sich dann meist aus dem Zeugenverhör, aus den Fragen des Gerichts und den Parteien von selbst ergeben. Auch darf in den vereidigten Zeugen, der an dem Prozeßergebnis kein unmittelbares Interesse besitzt, stärker als in eine schwurpflichtige Partei eingedrungen werden, ohne daß hierin ein unerträglicher Gewissenszwang zu finden wäre. Darum konnte mit vollem Recht entschieden werden, daß, „auch wenn über das Thema eines Beweisbeschlusses, dem zufolge bereits ein Zeugenbeweis erhoben ist, der Eid zugeschoben wird, zu prüfen ist, ob die Tatsachen durch konkretisierende Merkmale so bestimmt bezeichnet sind, daß dem Gegner die Eideserklärung zugemutet werden kann". [1])

5. Wie unzulässig der bloße Hinweis auf den gesetzlichen Tatbestand im Eidesthema ist, geht noch aus einem andern Gesichtspunkt hervor. Der gesetzliche Tatbestand enthält sehr häufig

---

von der zum Eide verstellten Tatsache (z. B. dem Ehebruch seines Gatten) regelmäßig keine eigene Wahrnehmung haben wird.

1) Vergl. Urteil des OLG. Hamm vom 25. Oktober 1906 im Recht 06 S. 1380 Ziff. 3327: es handelt sich um das Thema, „daß der Beklagte in den Jahren 1901, 1902, 1903 wiederholt den Tantiemenanspruch des Klägers diesem gegenüber anerkannt habe".

Begriffe, deren Merkmale keineswegs so einfach sind, daß ohne weiteres und mit Sicherheit zu erkennen wäre, ob sie in einem Einzelfalle verwirklicht sind oder nicht. Dürfte nun der Zuschiebende solche Begriffe einfach in das Eidesthema aufnehmen, so wäre damit dem Gegner die unter Umständen mit Mühe und Zweifeln verbundene Feststellung übertragen, ob ihre Merkmale im gegebenen Falle zutreffen. Damit würde ihm eine Funktion zugewiesen, die allein dem Richter zusteht. Es würde ihm nämlich ein vielfach recht schwieriges Urteil zugemutet, während der Eid nur Tatsachen (vulgär gesprochen) zum Gegenstande haben darf. Hier fallen also die beiden Gesichtspunkte: Ausschluß der Wiedergabe des gesetzlichen Tatbestandes einerseits, und Ausschluß von Urteilen andererseits, in einen einzigen zusammen.

Zur Verdeutlichung mögen folgende Fälle dienen. Eine frühere Gesetzgebung ließ den Scheidungsanspruch untergehen, wenn die ihm zugrunde liegenden Beleidigungen und Tätlichkeiten „ausdrücklich verziehen" waren. Wenn nun die auf Scheidung verklagte Ehefrau dem Kläger den Eid zuschreibt, er habe ihr die Beleidigungen und Tätlichkeiten „ausdrücklich verziehen", so beschränkt sie sich einerseits auf die Wiedergabe des generellen Gesetzestatbestandes, zugleich mutet sie dem Gegner das Urteil zu, ob in irgend welchen (nicht näher behaupteten) Vorgängen eine „ausdrückliche Verzeihung" zu erblicken sei, — ein Urteil, das zu fällen offenbar Aufgabe des Gerichtes wäre. Die Eideszuschiebung ist also wegen Unbestimmtheit des Themas unzulässig.[1])

Aus dem gleichen Gesichtspunkt wäre unstatthaft die Zuschiebung des Eides, daß jemand durch „Drohung" zu einer Handlung, etwa zur Errichtung eines Testamentes veranlaßt worden sei. Auch darin liegt nur die Wiedergabe des Gesetzestextes, zugleich aber die Zumutung eines keineswegs einfachen Urteiles auf Grund unzureichender tatsächlicher Behauptungen.[2])

1) So mit Recht RG. (4 Z.S.) 20. Oktober 1892 (JW. 93 S. 47 Nr. 40).

2) Vergl. RG. (3 Z.S.) 16. Januar 1885 (Bolze 1 Nr. 1804 Zif. 1), sowie das Urteil des Obersten Landesgerichtes für Bayern vom 11. November 1893 (S.A. 50 Nr. 55 S. 104): „Die Eideszuschiebung ist daher unzulässig über tatsächliche Behauptungen, die nur in abstrakter, namentlich juristischer Formulierung ein Urteil des Beweisführers darbieten, welches er mittels Schlußfolgerung aus verschwiegenen konkreten Tatsachen ziehen zu können glaubt". — Vergl. auch RG. (3 Z.S.) 14. Juni 1901 (JW. 01 S. 575 Nr. 6). — Nähere Nachweise werde ich in einer besonderen Abhandlung über die „Tatsache als Eidesthema" zu erbringen haben.

Desgleichen wäre abzulehnen die Auferlegung eines Eides dahin, daß der Beklagte „von Seiten des Klägers durch Arglist zu dem in Frage stehenden Handeln verleitet worden sei“ oder „durch Zwang, Furcht, oder arglistige Beredung“.[1])

Aus demselben Grunde wäre in einem Prozeß über entzogenen Pflichtteil unzulässig die Zuschiebung des Eides, daß die Partei sich „eines ehrlosen oder unsittlichen Verhaltens“ schuldig gemacht habe.

Wenn ferner nach früherem Rechte ein Gatte gegen den anderen keinen Anspruch auf Wiederherstellung des ehelichen Lebens hat, falls er nicht „den ernstlichen Willen hat, das eheliche Leben fortzusetzen“, so ist die Eideszuschiebung des Beklagten darüber, ob Kläger in näher angegebener Zeit diesen Willen gehabt habe, weil zu unbestimmt gehalten und auf ein Urteil hinauslaufend, als unzulässig zu verwerfen.[2])

Bisher war nur die Rede von dem Regelfall, daß nämlich die Norm, um deren Verletzung es sich handelt, im Gesetze selbst enthalten ist. Sie kann aber auch eine andere Grundlage haben. Es kann sich z. B. der Prozeß darum drehen, ob der Beklagte durch sein Verhalten das Statut eines (rechtsfähigen oder nicht rechtsfähigen) Vereins verletzt hat. Es kann namentlich streitig sein, ob die Partei einer durch Vertrag festgesetzten Verpflichtung zuwider gehandelt hat. Auch hier genügt es nicht, wenn der Kläger unter Berufung auf die bestehende Pflicht irgend einen Verletzungsfall behauptet und zum Gegenstande der Eideszuschiebung macht. Eine derartige allgemeine Verweisung auf den Tatbestand der statutarischen oder vertraglichen Pflicht ist ebenso unzulässig, wie die bloße Wiedergabe des Tatbestandes einer gesetzlichen Bestimmung. War beispielsweise durch einen Konkurrenzvertrag dem Beklagten die Veräußerung eines gewissen Fabrikates in einem bestimmten räumlichen Bezirk untersagt, so

1) So schon für das frühere Recht OAG. Lübeck 13. März 1848 (S.A. 2 Nr. 229 S. 292 f.) und Obertribunal Stuttgart 12. Juni 1838 (S.A. 2 Nr. 230 S. 293).

2) Vergl. RG. (4 Z.S.) 25. September 1902 (Gruchot 47 Nr. 5 S. 115, namentlich S. 122): „Kläger ist vor die Aufgabe gestellt, zu entscheiden, ob die Wünsche, Bedenken und Zweifel, die im Laufe des fraglichen Jahres vielleicht öfter als einmal sein Herz beschlichen hätten, die Ernstlichkeit des auf Fortsetzung der Ehe gerichteten Willens in Frage zu stellen geeignet seien.“ — Dagegen ist der umgekehrte Standpunkt vertreten bei RG. (4 Z.S.) 24. September 1891 (Bolze 13 Nr. 684 a), sowie RG. (4 Z.S.) 10. Mai 1894 (JW. 94 S. 363 Nr. 13) = (Bolze 18 Nr. 716).

wäre die Eideszuschiebung des Inhaltes, daß er Waren der fraglichen Art in dem betreffenden Bezirke vertrieben habe (ohne nähere Angabe konkreter, nach Zeit und Ort hinreichend gekennzeichneter einzelner Fälle) wegen Unbestimmtheit unzulässig.

Ist ausgemacht, daß die Mitglieder der Gewerkschaft X ihre Kuxe nicht unter 500 Mk. sollen veräußern dürfen, so wäre wegen mangelnder Bestimmtheit unstatthaft, die Zuschiebung des Eides, „daß der Beklagte Anteile der Gewerkschaft X unter 500 Mk. verkauft habe.[1])

Anderer Beispielsfall: Ist das vereinbarte Ruhen eines Prozesses davon abhängig gemacht, daß ein Streitteil alle seine Prozesse gegen den Kläger und seine Familienmitglieder einstellen solle, so darf, wenn über die Einhaltung dieser Bedingung Streit entsteht, der Eid nicht dahin zugeschoben werden, „ob Klagen (wann und wo und vor welchen Gerichten) anhängig gemacht sind und noch schweben.“[2])

Das bisher besprochene negative Kriterium greift freilich nicht ausnahmslos durch. Es gibt Fälle, in denen das Eidesthema nichts anderes enthält, als die Wendung des gesetzlichen Tatbestandes, und in denen es dennoch der nötigen Bestimmtheit nicht entbehrt. Zunächst nämlich kann es sein, daß eine Behauptung, wenn sie auch nur die gesetzlichen Worte wiedergibt, doch durch den ganzen Zusammenhang ihres prozessualen Vorbringens derart ergänzt wird, daß ihre zeitlichen, örtlichen, persönlichen und sonstigen Beziehungen sich von selbst ergeben. Besonders häufig gilt dies für Einreden und Repliken, die ja in der Regel nicht selbständig aufgestellt werden, sondern ihre genauere Bedeutung und Tragweite erst aus den Behauptungen entnehmen, denen sie gegenübergestellt werden.[3])

1) Vergl. Urteil RG. (3 Z.S.) 4. Mai 1896 (JW. 96 S. 356 Nr. 8 = Bolze 22 Nr. 766).

2) Vergl. RG. (2 Z.S.) 21. Mai 1889 (Bolze 8 Nr. 908). Einen weiteren Beispielsfall gibt die Entscheidung des OLG. Hamburg vom 20. Mai 1892 (S.A. 49 Nr. 62 S. 110). — Lehrreich ist auch das Urteil des RG. (1 Z.S.) vom 19. März 1898 im Sächsischen Archiv 8 S. 377. Hier hatte der Beklagte der klagenden Versicherungsgesellschaft den Eid zugeschoben, daß sie „trotz ihrer gegenteiligen Erklärungen anderen Versicherern günstigere Bedingungen als ihm gewährt habe.“ Da hier kein konkreter Tatbestand angeführt sei, so fehle es dem Eid an der notwendigen Bestimmtheit.

3) So kann nach Lage des Falles der Beklagte den Eid darüber zuschieben, ob er nicht den Kläger „befriedigt“ oder an ihn „gezahlt“ habe. Dagegen ist dies

Dies wird natürlich auch von Bedeutung für den Eid über solche Einrede- und Replikbehauptungen. Derselbe kann unter Umständen, selbst wenn er sich auf eine Wiedergabe des Gesetzestatbestandes beschränkt, trotzdem nach dem ganzen Zusammenhang seines Vorkommens einen ganz bestimmten konkreten Tatbestand bezeichnen. Es mag denn gleich an dieser Stelle bemerkt werden, daß der Eid regelmäßig in seinem ganzen Inhalte erst durch den übrigen Prozeßstoff erkennbar wird; dagegen wird er selten so genau präzisiert werden müssen oder auch nur können, daß er für sich allein in seiner vollen Bedeutung verständlich wäre.

Dazu kommt noch ein Anderes. Unter den unendlich mannigfaltigen Tatbeständen, die uns im Gesetze begegnen, müssen wir eine Unterscheidung machen. Während die meisten von ihnen so beschaffen sind, daß sie sich innerhalb des gleichen Verhältnisses mehrfach wiederholen können (wie z. B. die meisten Tatbestände der Ehescheidungsgründe), gibt es andere, die von vornherein spezieller gefaßt sind. Sie können sich in einem gegebenen Rechtsverhältnis nur einmal verwirklichen. Sie können also in dem Prozeß, der über das betreffende Rechtsverhältnis geführt wird, nur unter solchen Umständen zur Sprache kommen, daß sie durch den ganzen Zusammenhang ihrer Geltendmachung bereits genau individualisiert sind. Sie sind, wenn man so sagen darf, unwiederholbar und eindeutig bestimmt. Man nehme etwa den § 460 B. G. B.: „Der Verkäufer hat einen Mangel der verkauften Sache nicht zu vertreten, wenn der Käufer den Mangel bei dem Abschluß des Kaufes kennt." Wenn nun der auf Wandelung verklagte Verkäufer einwendet, der Kläger habe „den Mangel bei Abschluß des Kaufes gekannt" und darüber den Eid zuschiebt, so hat er nichts weiter getan, als den Gesetzestatbestand in Beziehung auf den gegenwärtigen Fall zu wiederholen. Und doch ist seine Eideszuschiebung zulässig. Denn der fragliche Kauf ist durch die Klage hinreichend konkretisiert und die Kenntnis des Mangels im Momente seines Abschlusses ist eine Tatsache,

---

unzulässig, wenn gerade zweifelhaft ist, ob der Kläger (wegen seiner vielen möglichen Forderungen) vollständig befriedigt und damit seines Vermieterpfandrechts verlustig gegangen ist; oder wenn die „Zahlung" an den klagenden Fiskus bei den verschiedensten Klassen erfolgt sein kann, so daß genauere Angaben in dieser Beziehung verlangt werden müssen; vergl. RG. (7 Z.S.) 20. Februar 1906 (JW. 06 S. 224 Nr. 7) und RG. (7 Z.S.) 17. Mai 1907 (JW. 07 S. 484 Nr. 22).

die sich nicht mehrmals verwirklicht haben kann, sondern nur einmal bestanden hat oder gar nicht: sie ist insofern vollkommen eindeutig bestimmt und deshalb taugliches Thema des Eides.

Immerhin sind Fälle wie der dargelegte selten. In der weitaus überwiegenden Mehrzahl der Fälle bleibt es bei der Regel: der gesetzliche Tatbestand ist, weil der wiederholten Verwirklichung fähig, zur Aufnahme in den Eid nicht geeignet.

II. Aus dem bisher behandelten negativen Kriterium ergibt sich zunächst nur, wann die Formulierung des Eides zu unbestimmt ist. Wenden wir uns nun den für die Frage der Bestimmtheit maßgebenden positiven Kriterien zu.

1. Es muß zunächst aus dem Vorbringen des Klägers ersichtlich sein, daß er einen Einzelvorgang (oder Einzelzustand) im Auge hat. Gerade in dieser Beziehung lassen es die Eideszuschiebungen recht häufig an den nötigen Angaben fehlen.

Das ist leicht erklärlich. Der Behauptungspflichtige wird oft genug nicht in der Lage sein, sich über den geltend gemachten Vorgang genaue Kenntnis zu verschaffen, insbesondere wenn nicht seine eigene Handlung und Wahrnehmung in Frage steht. Dann liegt der Versuch nahe, die Behauptung (und damit das Eidesthema) so zu formulieren, daß sie sich auf allgemeine, dem generellen Gesetzestatbestand entsprechende Angaben beschränkt, ohne einen konkreten Anwendungsfall erkennenzu lassen. Der eine Ehegatte behauptet z. B. schlechthin, daß der andere die Ehe gebrochen habe; der auf Entschädigung wegen Verlöbnisbruches verklagte Bräutigam macht geltend, die Braut habe die Verlöbnistreue gebrochen; der auf Alimente verklagte angebliche uneheliche Vater macht geltend, Klägerin habe während der Empfängniszeit einem anderen die Beiwohnung gestattet. In solchen Fällen ist ohne weiteres ersichtlich, daß die Partei nicht in der Lage ist, einen konkreten Einzelfall anzugeben. Sie hat also nicht einen bestimmten Einzelvorgang im Auge, und ihre Eideszuschiebung ist als unzulässig zu verwerfen.

Die Beurteilung, ob die zuschiebende Partei sich einen bestimmten Einzelfall vorstellt, ist Sache des Richters, der sich unter sorgfältiger Prüfung der ganzen Sachlage seine Überzeugung zu bilden hat.

a) Wie viele und wie geartete Tatsachen zur Begründung derselben erforderlich sind, hängt natürlich völlig von dem streitigen Rechtsverhältnis und von der Natur des zu beweisenden Tatbe-

standes ab. In der Regel wird zu verlangen sein, daß der Kläger einzelne Umstände anzugeben weiß, welche erkennen lassen, daß er an einen konkreten Fall denkt. Diese Umstände können sehr verschiedener Art sein.

Besonders bedeutsam wird es sein, daß der Zuschiebende die Zeit des behaupteten Vorganges anzugeben vermag, sei es den Zeitpunkt, sei es den Zeitraum, der seinerseits wieder je nach den Fällen länger oder kürzer sein darf.[1] Andererseits können die Verhältnisse auch so liegen, daß die genaue Zeitangabe nicht so wesentlich ist, wenn der gemeinte Vorgang aus sonstigen Behauptungen hinreichend deutlich erhellt.[2]

Ein wichtiges Moment der Individualisierung kann auch der Ort sein, an welchem der Vorgang sich angeblich abgespielt hat. Wenn Kläger behauptet, der Gegner habe dem Konkurrenzvertrag zuwider bestimmte Waren veräußert, so kann es wichtig sein, daß die Ortschaften angegeben werden, an denen die vertragswidrigen Verkäufe stattgefunden haben sollen.

In anderen Fällen wiederum ergibt sich die bestimmte Vorstellung des Zuschiebenden daraus, daß er eine Person zu bezeichnen weiß, der gegenüber der festzustellende Vorgang sich abgespielt hat.[3] So, wenn er in dem eben erwähnten Beispiele

---

1) Vergl. einerseits RG. (4 Z.S.) 8. November 1897 (JW. 98 S. 8 Nr. 18); RG. (3 Z.S.) 30. April 1901 (JW. 01 S. 400 Nr. 15); andererseits RG. (4 Z.S.) 11. November 1889 (Bolze 8 Nr. 912). Vergl. auch RG. (4 Z.S.) 2. Mai 1895 (JW. 95 S. 325 Nr. 10 = Bolze 20 Nr. 796).

2) In einem Streit um Vermögensverhältnisse der Ehegatten wird der Eid zugeschoben, daß die Klägerin „vor, bei und nach der Überlassung" der (näher bezeichneten) Geldsumme mit ihrem Ehemann vereinbart habe, dieselbe solle auf seinem Meierhofe bleiben. Das Gericht hat mit Recht entschieden, daß die Eideszuschiebung nicht wegen der ungenauen Zeitangabe zu unbestimmt sei. Vergl. RG. (4 Z.S.) 14. Dezember 1903 (Gruchot 48 Nr. 23 S. 361 f.).

3) Handelt es sich beispielsweise darum, ob der Gegner von einem gewissen Vorgang Kenntnis bekommen hat und ist es für den Rechtsstreit erheblich, durch wen sie ihm zuteil wurde, so wäre die Zuschiebung des Eides, daß er sie „durch irgend wen" erhielt, nicht hinreichend bestimmt. So wurde als unzulässig erklärt der Eid, „daß der Bürge vor dem Jahre 1879 durch irgend wen oder auf irgend welche Weise Kenntnis vom Defekte bekommen hat". Vergl. RG. (4 Z.S.) 29. Juni 1888 (JW. 88 S. 329 Nr. 6 = Bolze 6 Nr. 1124). — In einem anderen Falle handelte es sich darum, ob eine Partei von den ungünstigen Erfolgen, die eine bestimmte Art von Annoncenuhren bei einem dritten X gehabt hat, im Zeitpunkt des Verkaufs solcher Uhren an den Prozeßgegner bereits Kenntnis hatte. Es wurde der Eid zugeschoben, sie habe „durch Mitteilungen Dritter" Kenntnis davon erhalten: RG. (1 Z.S.) 2. April 1890 (Bolze 9 Nr. 796c). — In solchen

einen Abnehmer der vertragswidrig verkauften Ware benennen kann. So namentlich auch, wenn er eine Person angeben kann, mit welcher der Ehebruch, der Verlöbnisbruch oder der Verkehr der unehelichen Mutter stattgefunden haben soll. Wie die Person ihrerseits zu individualisieren sei, kann nach den Umständen wiederum verschieden zu beantworten sein. Am nächsten liegt die Nennung des Namens. Doch ist dieselbe keineswegs in allen Fällen unumgänglich, wie später noch an Beispielen zu zeigen sein wird.

Häufig wird es nötig sein, die Sache oder das Recht genauer zu kennzeichnen, auf welche die Behauptung und das Eidesthema sich beziehen [1]. Unter Umständen ist eines der angegebenen Konkretisierungsmerkmale nicht erforderlich, wenn dem Zuschiebenden ein anderes zur Verfügung steht. Und umgekehrt können wiederum Merkmale, die einzeln genommen nicht ausreichen würden, in ihrer Vereinigung das Bild eines konkreten Tatbestandes ergeben.

b) Der Richter wird bei seiner Würdigung der Bestimmtheit oder Unbestimmtheit eine Reihe von Gesichtspunkten berücksichtigen müssen. Handelt es sich um Vorgänge, die ihrer Natur nach diskreter Art sind, die vielleicht gerade dem Zuschiebenden gegenüber ängstlich geheim gehalten werden, so werden an die Bestimmtheit geringere Anforderungen zu stellen sein. So, wenn es sich um Ehebruch oder Verlöbnisbruch [2], um die exceptio plurium concumbentium, um Verletzungen eines Konkurrenzvertrages oder um Verbreitung unwahrer Tatsachen zum Nachteil des Gegners handelt. Umgekehrt kann dem Zuschiebenden bei relativer Unbestimmtheit seiner Behauptung zugute gehalten werden, daß seit dem fraglichen Vorgang längere Zeit verflossen ist, und daß vielleicht der Prozeßgegner selbst allzu lange mit der Verfolgung seiner angeblichen Ansprüche gezögert hat [3].

Fällen wird es besonders deutlich, daß der Behauptende, anstatt selbst den nötigen Tatsachenstoff beizubringen, den Versuch einer Ausforschung des Gegners macht.

1) Leitet der Kläger den Gerichtsstand des Vermögens aus Forderuugen des Beklagten gegen deutsche Schuldner ab, so muß er die angeblichen Schuldner benennen. Denn dies gehört zur Individualisierung der Forderungen, auf die er sich stützt; RG. (1 Z.S.) 19. Oktober 1889 (Bolze 8 Nr. 911).

2) Vergl. OLG. Frankfurt 18. Dezember 1888 (S.A. 45 Nr. 55 S. 104).

3) Einen Fall dieser Art behandelt die Entscheidung RG. (1 Z.S.) 9. Dezember 1891 (Bolze 13 Nr. 687).

Der Richter darf auch die gesamte Prozeßlage in Rücksicht ziehen. So kann z. B. zu Ungunsten des Zuschiebenden sprechen, daß er über das gegenwärtige Eidesthema vorher einen erfolglosen Zeugenbeweis angetreten hatte [1]) oder daß anderweit festgestellte Umstände seinen Aufstellungen zuwiderlaufen [2]). Und andererseits kann es wieder für ihn ins Gewicht fallen, wenn die bisherige Beweisaufnahme gewisse Anhaltspunkte dafür gefördert hat, daß er einen bestimmten Fall im Auge hat [3]). Hinwiederum wird gegen ihn der Umstand verwertet werden können, daß er die Möglichkeit gehabt hätte, statt sich auf die Eideszuschiebung angewiesen zu sehen, schon außerprozessual (etwa durch Vertrag) für andere Feststellungsmittel zu sorgen [4]). Das sind einige, wenn auch keineswegs alle Gesichtspunkte, die der Richter wird beachten müssen.

Ein Moment aber ist es, das er vornehmlich im Auge zu behalten hat. Die Partei, die zur Angabe eines konkreten Falles nicht in der Lage ist, sondern sich auf die Wiedergabe des generellen Tatbestandes beschränken muß, wird natürlich oft den Versuch machen wollen, durch Beifügung einiger näherer Angaben ihrer Behauptung den Anschein der Bestimmtheit zu verschaffen. Sie wird sich bemühen, auf Grund von Kombinationen, Schlußfolgerungen, mehr oder minder begründeten Vermutungen, vielleicht auch aufs Geratewohl Umstände ausfindig zu machen, unter denen ein von ihr zu verwertender Vorgang sich hat abspielen können. Indem sie dann solche Umstände in die Eidesformel aufnimmt, sucht sie den Eindrnck zu erwecken, als beziehe sich dieselbe auf einen konkreten Vorgang, während sie tatsächlich nicht in der Lage ist, einen solchen bestimmt zu behaupten. Gerade in solchen Fällen wird es Aufgabe des Gerichtes sein, sich

---

1) Vergl. RG. (1 Z.S.) 2. April 1890 (Bolze 9 Nr. 796c).

2) Kläger stützt sich darauf, die beklagte Zuckerfabrik habe ihm dem Vertrag zuwider den Rübensamen nicht zum Selbstkostenpreis geliefert, und schiebt den Eid zu, daß dieser Preis nur 30 M. betragen habe. Dies wurde für nicht genügend substanziiert erklärt, weil die Preise schwankten (— die Bücher der Beklagten enthielten Notierungen von 35, 49, 48, 45, 35, 30, 25), weil die beklagte Fabrik, vielfach mehr gezahlt hätte, und weil sie bei geringerem Ankaufspreis noch die Fracht- und Transportkosten sowie sonstige Nebenkosten hinzurechnen müsse; vergl. RG. (1 Z.S.) 24. Juni 1891 (Bolze 13 Nr. 687b).

3) Vergl. RG. (4 Z.S.) 8. November 1897 (JW. 98 S. 8 Nr. 18).

4) So das OLG. Hamburg in der Entscheidung vom 20. Mai 1892 (S.A. 49 Nr. 62 S. 110).

durch die vermeintliche Spezialisierung der Angaben nicht beirren zu lassen, sondern trotz derselben den Eid abzulehnen, wenn es die Überzeugung erlangt, daß der Zuschiebende nicht einen bestimmten Einzelfall im Auge hat.

Wenn beispielsweise dem auf Scheidung klagenden Ehemann der Eid zugeschoben wird, er habe „in den Jahren 1885 bis 1887 auf Reisen, die er nach Österreich, insbesondere nach Pest und Wien, sowie nach Italien unternommen habe", mit andern Frauenspersonen verkehrt, so erweckt diese Formulierung den Anschein einer gewissen Bestimmtheit. Und doch liegt auf der Hand, daß der Beklagte irgend einen Einzelfall des Ehebruchs bestimmt zu behaupten gar nicht in der Lage ist. Die Beifügung der angegebenen Einzelheiten stellt lediglich einen Versuch dar, die tatsächliche Unkenntnis der zuschiebenden Partei zu verdecken. [1])

Ein weiterer interessanter Fall soll noch später mitgeteilt werden.

Wenn ferner der auf Schadensersatz wegen fahrlässiger Körperverletzung von seinem Ackerknecht verklagte frühere Dienstherr einwendet, der Kläger habe „in einer andern Stelle als Ackerknecht" ebensoviel verdient, wie bei ihm selbst, so liegt auch hierin der verunglückte Versuch einer genauen Formulierung, welcher die Unwissenheit des Zuschiebenden nur mangelhaft zu verhüllen vermag.

Bei einem anderen Falle ist das Gericht bei seiner Skepsis vielleicht sogar zu weit gegangen. Beklagter war vertraglich verpflichtet, den Kläger zu einem festgesetzten Preise nach einer Reihe von Ländern Steinsalz zu liefern, und keinem andern Kunden in diesen Ländern billiger zu verkaufen. Kläger hat Schadensersatz verlangt unter der Behauptung, Beklagter habe in 5 Fällen, die er konkret bezeichnet, unter dem Preis geliefert. Die Eideszuschiebung hierüber wurde für ungenügend substanziiert erklärt, weil Kläger den genauen Preis der angeblich vertragswidrigen Verkäufe nicht angegeben habe und nach Überzeugung des Gerichtes nicht habe angeben können. Er mache lediglich den Versuch, das fehlende Material vom Beklagten herauszulocken. [2])

---

1) Anders RG. (6 Z.S.) 12. Januar 1891 (Bolze 11 Nr. 798).

2) Vergl. Entscheidung des OLG. Hamburg 20. Mai 1892 (S.A. 49 Nr. 62 S. 110). Es kann bezweifelt werden, ob nicht das Gericht, dessen Begründung prinzipiell an sich völlig einwandfrei ist, nicht in der tatsächlichen Würdigung für den Kläger etwas zu streng geurteilt hat.



2. Das andere Kriterium für die Würdigung des nötigen Maßes an Bestimmtheit liegt in der Rücksicht auf den Prozeßgegner. Ihm wird durch die Eideszuschiebung eine erhebliche Verantwortung auferlegt. Daher muß die Zuschiebung so beschaffen sein, daß er sich klar darüber ist, ob er die Verantwortung des Schwurs auf sich nehmen kann und muß.

Insbesondere muß ihn die Formulierung des Eides erkennen lassen, welches eigentlich der Vorgang ist, den er eidlich ableugnen soll. Nur wenn ihm eine deutliche Vorstellung von dem gemeinten Vorgang vermittelt wird, kann ihm der Eid zugemutet werden. Sonst wäre er in die geradezu unerhörte Zwangslage versetzt, entweder den Prozeß zu verlieren oder auf die Gefahr schwerer strafrechtlicher Ahndung hin Umstände abzuschwören, über deren Wahrheit oder Nichtwahrheit er sich eine Meinung nicht bilden kann. Überdies vermag er nur bei bestimmter Angabe des Eidesthemas zu beurteilen, ob es bezüglich desselben, auf den Schwur noch ankommen muß, ob er sich überhaupt einzulassen braucht und gegebenen Falles in welcher Weise, und ob nicht eine andere Verteidigung möglich ist. Wird der Zuschiebende zu einer präzisen Formulierung genötigt, so wird vielfach der Gegner imstande sein, Einreden oder Verteidigungsmittel geltend zu machen, die er gegenüber unbestimmten Behauptungen nicht verwerten könnte.

So ist die allgemeine Eideszuschiebung über Ehebruch schlechthin schon deshalb uuzulässig, weil die einzelnen Ehebruchsfälle je nach Zeit und Umständen rechtlich ganz verschieden zu werten sein können: die Geltendmachung des einen kann wegen Zustimmung des andern Gatten oder infolge Verzeihung oder Zeitablaufs ausgeschlossen sein, während der andere noch in vollem Umfange geltend gemacht werden kann.[1]) Wird ferner Verletzung eines Konkurrenzvertrages schlechthin behauptet, so bleibt dem Gegner unerkennbar, ob unter den vom Kläger eventuell gemeinten Fällen sich solche befinden, die längere Zeit als

---

1) Vergl. RG. (3 Z.S.) 16. Februar 1894 (JW. 94 S. 141 Nr. 10 = Bolze 18 Nr. 710); RG. (3 Z.S.) 26. März 1897 (JW. 97 S. 234 Nr. 22); RG. (4 Z.S.) 13. Juli 1899 (JW. 99 S. 606 Nr. 1); RG. (4 Z.S.) 14. Dezember 1903 (Gruchot 48 Nr. 23 S. 365) mit der treffenden Wendung: „es genügt für die bestimmte Bezeichnung im Sinne des § 451 ZPO., daß der Delat über Inhalt und Umfang der Eidestatsache nicht im Zweifel gelassen wird, daß er imstande ist, sie von anderen Tatsachen unterscheidbar sich vorzustellen, und sich zu prüfen, ob er eine Erklärung in Eidesform unter voller Verantwortlichkeit abzugeben vermag."

die Verjährungsfrist zurückliegen. Überall hat der Richter darüber zu wachen, daß dem Beklagten keine zu weitgehende Belastung zugemutet wird.

Ob dies zutrifft oder nicht, kann nach Lage des Falles sehr verschieden zu beurteilen sein. Hierbei werden die mannigfaltigsten Umstände Beachtung verdienen. So kann es darauf ankommen, ob das behauptete Ereignis seiner Natur nach seltener, außergewöhnlicher ist und sich deshalb dem Gedächtnis besser einprägt (z. B. Ehebruch), oder ob es sich umgekehrt um relativ unbedeutende Vorgänge handelt, die nur bei genauerer Schilderung wieder ins Gedächtnis treten. Weiterhin wird zu fragen sein, ob die behaupteten Tatsachen längere Zeit zurückliegen oder nicht, ob sie sich auf einen längeren Zeitraum erstrecken sollen oder nicht, ob die Bejahung oder Ableugnung des Vorganges eine größere Urteilstätigkeit voraussetzt; ob der Kreis der Personen oder Sachen, bezüglich deren die behaupteten Handlungen sich abgespielt haben sollen, größeren oder geringeren Umfang hat usw. Aufgabe des richterlichen Ermessens ist es, wie bei dem früher behandelten, so auch bei dem hier erörterten Kriterium, unter Berücksichtigung der ganzen Sachlage festzustellen, welches Maß an zeitlicher, örtlicher, persönlicher, sachlicher Spezialisierung im Hinblick auf den Gegner des Zuschiebenden angebracht sei.

§ 5.

3. Anwendung der gefundenen Kriterien auf praktische Fälle.

Die oben gewonnenen Grundsätze sollen im folgenden an einigen praktischen Fällen erprobt werden.

I. Was zunächst den Fall des Ehebruchs betrifft, so ist jedenfalls, wie wir schon früher zu betonen mehrfach Gelegenheit hatten, die Zuschiebung eines allgemeinen Eides, daß der andere Ehegatte auch seinerseits (irgendwo, irgendwann, und mit irgend jemand) die Ehe gebrochen habe, grundsätzlich unzulässig.[1]) Da-

1) So zutreffend Urteil des OLG. Hamburg vom 30. April 1885 (S.A. 41 Nr. 240 S. 368); RG. (4 Z.S.) 28 April 1887 (Bolze 4 Nr. 1320 Zif. 5); RG. (4 Z.S.) 20. November 1893 (Bolze 17 Nr. 772); RG. (3 Z.S.) 16. Februar 1894 (JW. 94 S. 141 Nr. 10 = Bolze 18 Nr. 710 = Badische Annalen 60 S. 171); RG. (4 Z.S.) 13. Juli 1899 (JW. 99 S. 606 Nr. 1); RG. (3 Z.S.) 29. September 1903 (JW. 03 S. 386 Nr. 13); desgleichen Stuttgart 22. Februar 1895 (Württembergische Jahrbücher 18 S. 208); Oberstes LG. Bayern 17. Januar 1890 (Sammlung 12 S. 499). — Dagegen ist es nicht unbedenklich, wenn das Reichsgericht in einem Falle

rin läge nichts anderes als eine Wiedergabe des gesetzlichen Tatbestandes. Der Zuschiebende zeigt bei so allgemeiner Formulierung, daß er einen bestimmten Ehebruchsfall nicht im Auge hat und anzuführen auch nicht imstande ist. Der anderen Partei aber wird zugemutet, eine unbegrenzte Anzahl denkbarer Fälle abzuschwören, ohne daß ihr erkennbar wird, auf welche Vorgänge der Zuschiebende sich stützen will, und ohne daß ihr die Möglichkeit zusteht, ihre Verteidigung zweckentsprechend einzurichten.

Der Ehebruch muß mithin spezialisiert werden. Der Zuschiebende muß so viel Tatsachenmaterial beibringen, daß er den Eindruck erweckt, einen Einzelfall im Auge zu haben und nicht aufs Geratewohl den Ehebruch schlechthin zu behaupten. Andererseits verbietet wiederum die Rücksicht auf den Beweispflichtigen, an die Spezialisierung zu hohe Anforderungen zu stellen, da der festzustellende Vorgang sich seiner Natur nach der Wahrnehmung durch andere als die unmittelbar Beteiligten meist entziehen wird.

Zur Individualisierung wird es in der Regel genügen, wenn der Zuschiebende den Namen des mitschuldigen Dritten zu nennen vermag: u. z. wird sich hier meistenteils (wenn auch nicht immer [1]) die Angabe von Zeit und Ort des ehebrecherischen Verkehrs erübrigen. Indessen gehört es keineswegs notwendig zur Bestimmtheit der Eideszuschiebung, daß der mitschuldige Dritte mit Namen bezeichnet werde. [1]) Sondern es genügt, wenn die

---

den Eid über außerehelichen Verkehr schlechthin deshalb für zulässig erklärt, weil das Gericht es für wahrscheinlich ansieht, daß der Delat mit anderen Frauenzimmern zu tun gehabt hat; so RG. (4 Z.S.) 2. Mai 1895 (JW. 95 S. 325 Nr. 10 = Bolze 20 Nr. 796 = Gruchot 30 S. 1130); oder weil die Ehe verhältnismäßig kurz gedauert habe, der Mann sich infiziert, und überdies außerehelichen Verkehr zugestanden habe; so RG. (4 Z.S.) 8. November 1897 (JW. 98 S. 8 Nr. 18). Ob im letzteren Falle der Eid überhaupt noch nötig gewesen wäre? — Dem im Texte Ausgeführten widerspricht es natürlich nicht, wenn in einem Falle zugelassen wurde der Eid, „ob nicht der klagende Ehemann von dem ehebrecherischen Verkehr des anderen Teils überzeugt gewesen sei"; hier ist Gegenstand des Eides gar nicht der ehebrecherische Verkehr, sondern die Überzeugung des anderen Teils von demselben; vergl. RG. (6 Z.S.) 8. Oktober 1894 (JW. 94 S. 544 Nr. 9 = Bolze 20 Nr. 798b).

1) So richtig RG. (6 Z.S.) 3. Februar 1890 (Bolze 9 Nr. 794); RG. (6 Z.S.) 21. März 1888 (S.A. 43 Nr. 304 S. 465 = Bolze 5 Nr. 1219); RG. (6 Z S.) 8. Dezember 1890 (S.A. 46 Nr. 230 S. 366 = JW. 91 S. 8 Nr. 18 = Bolze 11 Nr. 797): RG. (6 Z.S.) 22. November 1888 (Bolze 7 Nr. 1103); RG. (6 Z.S.) 12. Januar 1891 (Bolze 11 Nr. 798); RG. (4 Z.S.) 2. Mai 1895 (JW. 95 S. 325 Nr. 10 = Bolze 20 Nr. 796 = Gruchot 30 S. 1130); RG. (4 Z.S.) 5. Juni 1905 (Gruchot 50 Nr. 126

Individualität desselben durch andere Merkmale so festgelegt wird, daß die gemeinte Person deutlich erkennbar ist. Beispielsweise ist es als hinreichend anzusehen, wenn behauptet wird ein Ehebruch mit der (namentlich nicht angegebenen) Person, die dem Kläger eine abgefangene kompromittierende Postkarte gesandt hatte,[1]) oder mit einem Dresdener Offizier, mit dem die Delatin schon vor ihrer Heirat ein Verhältnis hatte,[2]) oder der Ehemann habe Umgang gehabt mit der Haushälterin, die 1900 in seinen Diensten gestanden[3]) oder mit einer von X bezeichneten Prostituierten.[4]) Überall hat der Zuschiebende eine bestimmte Person im Auge, wenn er auch zu deren namentlicher Bezeichnung nicht in der Lage ist. Der Eid ist also hinreichend bestimmt.

Unter Umständen braucht aber nicht einmal die mitschuldige dritte Person (durch Angabe des Namens oder anderer Merkmale) individuell festgelegt zu werden. Sondern der Zuschiebende braucht in gewissen Fällen nur den Personenkreis zu benennen, zu welchem sie gehört. Da wir aber hiermit dicht an die Grenze des Zulässigen heranreichen, so ist schon große Vorsicht am Platze. Man wird verlangen müssen, daß der Personenkreis nicht zu weit gezogen, daß auch die behaupteten Vorgänge durch örtliche Angaben oder zeitliche Begrenzung in Raum oder Zeit näher lokalisiert werden. Denn hier liegt für den Beweispflichtigen, wenn er für den Ehebruch des Gegners keine Anhaltspunkte besitzt, die Versuchung außerordentlich nahe, die fehlende Bestimmtheit dadurch vorzuspiegeln, daß er einen Personenkreis benennt, der erfahrungsgemäß dem außerehelichen Verkehr zugänglich ist.

So mag es allenfalls noch hingehen, wenn die beklagte Frau dem Ehemann den Eid zuschiebt, ob er die Ehe „mit einem seiner Dienstmädchen“[5]) gebrochen habe. Dagegen unterliegt hinsicht-

---

S. 1097); RG. (4 Z.S.) 8. November 1897 (JW. 98 S. 8 Nr. 18); RG. (3 Z.S.) 30. April 1901 (JW. 01 S. 400 Nr. 15); RG. (4 Z.S.) 18. Juni 1906 (JW. 06 S. 475 Nr. 37).

1) Vergl. RG. (4 Z.S.) 18. Juni 1906 (JW. 06 S. 475 Nr. 37).

2) Vergl. RG. (4 Z.S.) 5. Juni 1905 (Gruchot 50 Nr. 126 S. 1097).

3) Vergl. RG. (3 Z.S.) 30. April 1901 (JW. 01 S. 400 Nr. 15).

4) Vergl. RG. (6 Z.S.) 3. Februar 1890 (Bolze 9 Nr. 794).

5) Vergl. RG. (6 Z.S.) 8. Dezember 1890 (S.A. 46 Nr. 230 S. 366 = JW. 91 S. 8 Nr. 18 = Bolze 11 Nr. 797). Ähnlich RG. (4 Z.S.) 18 Juni 1906 (JW. 06 S. 475 Nr. 37); „mit den in seinem und seiner Eltern Haushalt zu O. bediensteten Dienstmädchen sowie mit den in seinem Absteigequartier zu Frankfurt a. M. bediensteten Dienstmädchen und Lauffrauen“.

lich ihrer Bestimmtheit schon recht begründeten Zweifeln die in der Praxis häufig wiederkehrende Eideszuschiebung: der Kläger habe „mit Kontrollmädchen“ oder „mit öffentlichen Dirnen“ Umgang gehabt, selbst wenn hier ein längerer oder kürzerer Zeitraum angegeben wird, innerhalb dessen sich die behaupteten Vorgänge abgespielt haben sollen. Hier ist in der Regel um so größeres Mißtrauen am Platze, als die zuschiebende Partei eine derartige allgemeine Behauptung fast in jedem Fall ohne weitere Nachforschung aufs Geratewohl vorzubringen in der Lage sein wird.[1])

Vollends bedenklich aber wird die Eideszuschiebung dann, wenn der Kreis der mitschuldigen Personen überhaupt nicht begrenzt ist, sondern wenn der Ehemann den Verkehr „mit andern Frauenzimmern“ oder „mit andern Frauenspersonen,“ die Ehefrau den Verkehr „mit andern Männern“ eidlich ableugnen soll. Da der ehebrecherische Verkehr naturgemäß mit einer Person anderen Geschlechtes stattfindet, so sind dergleichen Eideszuschiebungen um nichts besser als solche über den Ehebruch schlechthin. Auch sie beschränken sich im Ergebnis auf eine bloße Wiedergabe des generellen gesetzlichen Tatbestandes, müssen also nach dem oben dargelegten Grundsatz für unzulässig erklärt werden.

Daran kann auch der Umstand nichts ändern, ob die Zeit des angeblichen ehebrecherischen Verkehrs beigefügt wird, ob man dem Delaten zumuten kann, sich desselben bewußt zu sein oder genau zu erinnern, ob für den Ehebruch gewisse Anhaltspunkte vorgebracht sind oder nicht. Gerade auf diesem Gebiet begegnen

---

1) Trotzdem sind dergleichen Eideszuschiebungen zugelassen worden durch RG. (6 Z.S.) 8. Dezember 1890 (S.A. 46 Nr. 230 S. 366 = JW. 91 S. 8 Nr. 18 = Bolze 11 Nr. 797), allerdings in der Formulierung „mit einem seiner Dienstmädchen und öffentlichen Dirnen“; RG. (6 Z.S.) 22. November 1888 (Bolze 7 Nr. 1103): „daß Kläger während bestehender Ehe mit irgend welchen Kontrollmädchen geschlechtlichen Umgang gehabt“ (sehr bedenklich!) — Dagegen ist — und zwar, wie mir scheint, mit größerem Rechte — der Eid als zu unbestimmt abgelehnt worden, „daß der klagende Ehemann in den letzten vier Jahren mit Kontrollmädchen geschlechtlichen Umgang gepflogen habe“ (— freilich mit der nicht durchschlagenden Wendung: „sich in Ermangelung von Anhaltspunkten für die Untreue eines Gatten des Eides zu bedienen, um ein Geständnis zu entlocken, widerspreche der inneren Bedeutung und Wichtigkeit des Eides“); OLG. Hamburg 13. Juni 1889 (S.A. 46 Nr. 64 S. 105), bestätigt durch RG. (6 Z.S.) 19. Dezember 1889 (JW. 90 S. 42 Nr. 5 = Bolze 9 Nr. 793). — Richtig Petersen (4. Aufl.) zu § 445 Nr. 8.

wir einer Reihe von höchstrichterlichen Entscheidungen, deren Richtigkeit begründeten Zweifeln unterliegen dürfte.[1])

II. Sehr umstritten ist die weitere Frage, ob der Beklagte zur Feststellung seiner exceptio plurium concumbentium sich der allgemeinen Eideszuschiebung bedienen kann, die klagende uneheliche Mutter habe in der Empfängniszeit (die natürlich genau kalendarisch anzugeben ist) mit anderen Männern Umgang gehabt." Die Frage wird in der Literatur teils entschieden bejaht,[2]) teils ebenso entschieden verneint.[3]) Für ihre Entscheidung müssen dieselben Grundsätze

1) Die Entscheidung RG. (6 Z S.) 21. März 1888 (S.A. 43 Nr. 304 S. 465 = Bolze 5 Nr. 1219) läßt den Eid zu: „ob Kläger seit der tatsächlichen Trennung von seiner Frau 1884 mit anderen (sic!) Frauenspersonen die Ehe gebrochen habe"); desgleichen RG. (6 Z.S) 12. Januar 1891 (Bolze 11 Nr. 798): „ob Delat auf Reisen, die er in den Jahren 1885—1887 nach Österreich, insbesondere nach Pest und Wien, sowie nach Italien unternommen habe, und seit Anfang des Jahres 1885 bis zum 26. Januar 1890 in Leipzig jemals mit einer fremden Frauensperson" Verkehr gehabt habe. — Nach RG. (4 Z.S.) 8. November 1897 (JW. 98 S. 8 Nr. 18) soll genügend bestimmt sein der Eid, „daß Kläger keinen Verkehr mit anderen Frauen während der Ehe gehabt habe" (was aber offenbar nicht bestimmter ist als die Wendung, „daß Kläger die Ehe nicht gebrochen habe"). — Dagegen sind mit vollem Rechte wegen mangelnder Bestimmtheit für unzulässig erklärt worden die Eide: „daß Kläger während der Ehe mit anderen Frauenzimmern geschlechtlich verkehrt habe"; „daß Klägerin in den Jahren 1886, 1887 mit anderen Mannespersonen den Beischlaf vollzogen habe"; „daß Klägerin seit Eheabschluß mit anderen Männern verkehrt habe"; „Kläger habe in den Jahren 1894 und 1895 auch mit anderen Frauenspersonen als der F. und der K. geschlechtlichen Umgang gepflogen"; „Klägerin habe während der Ehe mit anderen Männern geschlechtlich verkehrt". Vergl. RG. (4 Z.S.) 28. April 1887 (Bolze 4 Nr. 1320 Zif. 5); RG. (4 Z.S.) 11. November 1889 (Bolze 8 Nr. 912); RG. (4 Z.S.) 20. November 1893 (Bolze 17 Nr. 772); RG. (3 Z.S.) 26. März 1897 (JW. 97 S. 234 Nr. 22); RG. (3 Z S.) 29. September 1903 (JW. 03 S. 386 Nr. 13); Oberstes Landesgericht für Bayern 17. Januar 1890 (Sammlung 12 S. 499): „mit verschiedenen Frauen, insbesondere der A, B, C, D".

2) So z.B. Meyerowitz in der Juristischen Wochenschrift 06 S. 98f.; Strauß in der deutschen Juristenzeitung 02 S. 173; Schneikert in den Blättern für Rechtsanwendung 68 S. 274f., sowie Annalen des Deutschen Reichs 37 S. 556f. Schmelz, Blätter für Rechtsanwendung 69 S. 246f.; Natter in den Württembergischen Jahrbüchern 16 S. 257f.; Brettner im Recht 8 S. 494; Hörle in Zeitschrift für Zivilprozeß 33 S. 277, 278; Planck, Kommentar zum BGB. Bd. 4 S. 472 Anm. 9; Kuhlenbeck, Kommentar zu § 1717 Zif. 3; Fraenkel, Familienrecht S. 175.

3) So von Keidel im Recht 02 S. 481 (mit sehr zutreffender Formulierung); Schönfeld, Deutsche Juristenzeitung 02 S. 455; Lubowski im Recht 06, 608; wohl auch (trotz scheinbar entgegengesetzter Meinung) LG. Ulm in JW. 04, 606f.;

maßgebend sein, wie bei dem vorhin behandelten Eid über den Ehebruch.

Allerdings sind die Fälle nicht vollkommen gleichartig. Bei der exceptio plurium ist durch das Merkmal der Empfängniszeit eine verhältnismäßig enge zeitliche Schranke für den Einredetatbestand gegeben, während der angebliche Ehebruch auf irgend einen Zeitpunkt der vielleicht langjährigen Ehe fallen kann. Beim ersten Falle kommt es im allgemeinen auf die Person des Beischläfers nicht an, während beim zweiten die Umstände des Ehebruchs im Hinblick auf die mögliche verschiedene Verteidigung (Verzeihung, Zeitablauf, Zustimmung) recht erheblich sein können. Hierzu kommt, daß vielfach der Verkehr der unehelichen Mutter mit anderen Männern wahrscheinlicher sein wird, als der Ehebruch einer verheirateten Person. Und überdies wird der verklagte angebliche uneheliche Vater weniger in der Lage sein, den Lebenswandel der Mutter zu verfolgen und hierbei Anhaltspunkte für irgend einen anderweitigen Verkehr zu gewinnen, als der Ehegatte, der mit dem anderen in häuslicher Gemeinschaft lebt, dessen eheliche Treue zu überwachen vermag. Alle diese Umstände mögen den Richter veranlassen, bei der exceptio plurium etwas geringere Anforderungen bezüglich der Bestimmtheit des Eides zu stellen, als bei dem Vorwurfe des Ehebruchs. Aber das Prinzip bleibt in beiden Fällen dasselbe.

Auch bei der Einrede der mehreren Beischläfer muß die Formulierung des Eides bestimmt genug sein, um erkennen zu lassen, daß der Zuschiebende einen einzelnen konkreten Vorgang oder eine Reihe von solchen im Auge hat. Diesem Erfordernis ist jedenfalls entsprochen, wenn die Person des angeblichen Konkumbenten genannt wird. Auch hier genügt es aber, wenn sie nicht dem Namen nach bezeichnet, aber durch andere Merkmale in einer für die Kindsmutter erkennbaren Weise individualisiert wird. [1]) Ja, es wird in unserem Falle häufiger als im Scheidungsprozeß die An-

ferner Streicher im Recht 06 S. 797, allerdings aus dem unzutreffenden Grund, weil nicht jede Beiwohnung während der Empfängniszeit zur Konzeption führe (hiergegen mit Recht Kiefe im Recht 06 S. 921 f.); Dernburg, Bürgerl. Recht 4 S. 227 Anm. 9; Opet, Verwandtschaftsrecht S. 373. Die Abhandlung von Weidlich im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 21 über „die exceptio plurium concumbentium mit besonderer Berücksichtigung der Beweisfrage“ behandelt unsere — doch naheliegende — Frage überhaupt nicht.

1) „Der Knecht, mit welchem sie zusammen bei dem Bauern X gearbeitet“; „der Bursche, mit dem sie am Abend der Kirchweih vom 12. Oktober 1906 heim-

gabe des Personenkreises ausreichen, zu welchem der angebliche Beischläfer gehört.[1])

Dagegen ist es hier wie dort grundsätzlich unzulässig, die Eideszuschiebung auf den allgemeinen gesetzlichen Tatbestand zu richten, d. h. in unserem Falle auf die Beiwohnung irgend eines anderen Mannes während der Empfängniszeit. Beschränkt sich der Zuschiebende auf eine so allgemeine Angabe, so zeigt er damit in aller Regel, daß er zur Angabe eines konkreten Tatbestandes nicht in der Lage ist. Er erfüllt also die ihm obliegende Behauptungslast nicht, kraft deren gerade ein solcher Tatbestand vorgebracht werden muß. Er zwingt die klagende uneheliche Mutter, eine grundsätzlich unbeschränkte Anzahl von Beiwohnungsfällen abzuleugnen, während er selbst keinen zu behaupten vermag. Und im Ergebnis kehrt er die Feststellungslast vollkommen um, indem er, statt seinerseits eine bestimmte Einrede zu beweisen, die Klägerin zwingt, jeden denkbaren Fall der Einrede bindend abzustreiten. Für die Ablehnung der allgemeinen Formulierung sprechen auch schon praktische Gründe. Wollte man sie allgemein zulassen, so wäre die Folge, daß in allen Prozessen der unehelichen Mutter gegen den angeblichen Vater ihres Kindes dieser den Eid über den anderweitigen Beischlaf zuschieben würde. Kein Beklagter würde sich dieses Verteidigungsmittel entgehen lassen, das er ohne jede Substanziierungslast in bequemster Weise geltend machen konnte.

Die Gründe, die in unserem Falle für die Statthaftigkeit der bekämpften allgemeinen Fassung angeführt werden, können m. E. nicht als durchschlagend anerkannt werden.

Wenn zunächst geltend gemacht wird, bei unehelichen Müttern liege der Verdacht der Vielmännerei nahe,[2]) so darf bezweifelt werden, ob diese Behauptung wirklich so allgemein zutrifft. Jedenfalls ist sie für unsere Frage ohne Bedeutung. Sie mag die Beweiswürdigung des Richters beeinflussen können. Aber sie ist sicherlich ohne Belang für die Beurteilung der Frage, ob eine

gegangen"; „der Herr, bei welchem sie während der Empfängniszeit in Diensten gestanden".

1) Wenn die Mutter einem größeren landwirtschaftlichen Betrieb angehört: „einer der dort beschäftigten Knechte"; wenn sie in einer Fabrik arbeitet: „einer der Arbeiter der Fabrik"; wenn sie in einem Chambres-garnies-Hause bedienstet ist: „einer der Zimmerherren"; wenn sie in einem Hotel angestellt ist: „einer der Hotelgäste"; usw.

2) So im Ergebnis Meyerowitz a. a. O.

hinreichend bestimmte Eideszuschiebung vorliegt. Ist aber im Einzelfalle die Kindsmutter als leichtsinnig bekannt, so wird es dem Beklagten umso weniger Schwierigkeiten machen, genügendes Tatsachenmaterial zu finden, um den Eid hinreichend bestimmt zu fassen. [1])

Weiterhin beruft man sich auf die mißliche Lage des angeblichen unehelichen Vaters, der bei dem schleunigen Betrieb des Alimentenprozesses und bei dem vielfachen Wohnungswechsel der unehelichen Mutter ohne die Möglichkeit der Eideszuschiebung sich vielfach gar nicht helfen könnte. Aber solche Billigkeitserwägungen (die sich übrigens mit ebenso gutem oder sogar besserem Rechte zugunsten der unehelichen Mutter anstellen ließen), können bei einer rein technischen Prozeßfrage den Ausschlag nicht geben. Wer auf Grund feststehenden Beischlafs in der kritischen Zeit vom Gesetze als Vater präsumiert wird, hat diese Vermutung zu entkräften und muß zu diesem Behufe die ihm gestattete Einrede vor allem schon in beachtlicher Weise behaupten, d. h. eben hinreichend substanziieren. Das tut er aber nicht, wenn er einen bestimmteu Vorgang nicht ins Auge fassen kann und wenn sein Vorbringen einen solchen nicht erkennen läßt. Gewiß kann es vorkommen, daß die uneheliche Mutter in der Lage ist, den vom Beklagten behaupteten Verkehr mit A oder mit einem dem Namen nach unbekannten Mann auf dem Jahrmarkt zu X eidlich ableugnen zu können, während sie sich bewußt ist, mit B oder mit einem (unbekannten) Mann bei anderer Gelegenheit Umgang gehabt zu haben. [2]) Allein dergleichen Unzuträglichkeiten können in jedem Prozeß (z. B. auch im Entscheidungsprozeß) vorkommen. Sie bilden eben gerade den Nachteil der Behauptungslast, wie sie für den Kläger bezüglich des Klaggrundes, für den Beklagten bezüglich der Einreden besteht. Wenn der Gesetzgeber einen bestimmt formulierten Eidessatz verlangt, so hat er dabei eben das Interesse des Schwurpflichtigen im Auge und es ist nicht Sache der

1) Darum scheint es auch nicht ganz korrekt, wenn man bei Schriftstellern, die im allgemeinen unsere Ansicht teilen, die Ausnahme findet: die ganz allgemeine Eideszuschiebung sei gestattet, wenn etwa die Kindesmutter zur Empfängniszeit Prostituierte gewesen sei (so Lubowski im Recht 06 S. 608). Sollte nicht in diesem Falle die Eideszuschiebung sich überhaupt erübrigen und der Richter nicht befugt sein, auf Grund der erwiesenen Prostitution die (geltend gemachte) Einrede der mehreren Beischläfer als dargetan ansehen dürfen? Richtig wohl Enneccerus-Lehmann S. 390.

2) So der Einwand von Hörle, Zeitschrift für Zivilprozeß 33 S. 278.

Auslegung, dieses strenge Erfordernis zum Vorteil des Beweispflichtigen zu beugen.

Unbegründet ist auch der Vorwurf, unser Verlangen der Konkretisierung führe „zu einer dem Geiste des Rechtes und dem Zwecke der Eideszuschiebung widersprechenden Verschleierung des wahren Sachverhaltes und im Endergebnis zum Verbote der freien Forschung nach der Vaterschaft. [1]" Als ob es dem Beklagten verwehrt wäre, auf jede denkbare Weise nach einem anderweitigen Verkehr der Kindsmutter zu forschen und zur Feststellung eines solchen jedes Beweismittel zu benützen! Als ob man von einer Abschneidung der Erforschung der Vaterschaft reden dürfte, wenn man ihm zumutet, sich bei Gebrauch eines bestimmten Feststellungsmittels — des Eides — an die für dasselbe gegebenen gesetzlichen Vorschriften (hier bestimmte Formulierung) zu halten! Als ob es dem Standpunkt unseres Rechtes besser entspräche, dem Beklagten die Forschung nach einer anderen Vaterschaft (genauer nach einer anderweitigen Beiwohnung) zu ersparen, wie die gegnerische Lehre dies tut, anstatt sie ihm aufzubürden, wie wir es verlangen. Der Grundgedanke des § 1717 BGB ist doch nicht der, dem angeblichen unehelichen Vater die Auffindung von Konkumbenten zu ermöglichen, sondern umgekehrt, der Mutter die Verfolgung ihrer Ansprüche zu erleichtern.

1) So Hörle a. a. O. Die dort gebrauchte Wendung von der „freien Erforschung der Vaterschaft" ist (— übrigens, ohne daß dies erkennbar gemacht wäre —) einer Stelle aus den Motiven zum ersten Entwurfe des BGB. Bd. 4 S. 892 entnommen. Diese Stelle wird auch sonst von Anhängern der bekämpften Auffassung herangezogen. Sehr zu Unrecht! Die Motive behandeln dort lediglich die Frage, ob die Eideszuschiebung in Prozessen wegen außerehelichen Beischlafs — im Hinblick auf den möglichen Mißbrauch zu Erpressungszwecken und auf die Gefahr des Meineides — überhaupt statthaft sein soll (und zwar nicht nur speziell zur Feststellung der Einrede der mehreren Beischläfer, sondern auch und in erster Linie zur Feststellung des Beischlafs mit dem Beklagten selbst). Sie erklären sich mit zutreffender Begründung für die Eideszuschiebung und berufen sich namentlich auf die Erwägung, daß in Prozessen der angegebenen Art die Eideszuschiebung vielfach das einzige oder doch allein ausreichende Beweismittel für den vollzogenen Beischlaf bleibe. Überall ist also nur die Rede von der Statthaftigkeit der Eideszuschiebung überhaupt. Über die Erfordernisse der einzelnen Eideszuschiebung, namentlich über die Frage der Bestimmtheit, ist dagegen kein Wort gesagt. Vielmehr soll es hinsichtlich des Beweises, wie die Motive a. a. O. selbst bemerken „bei den allgemeinen Grundsätzen des Prozeßrechtes bewenden". Aus ihnen heraus ist mithin unsere Frage zu beantworten, während die Motive hierfür weder in dem einen noch in dem anderen Sinne irgend einen Anhalt bieten.

Unzutreffend ist auch der weitere Einwand, der Klägerin werde nichts Unbilliges zugemutet, da sie wissen müsse, ob sie in der kritischen Zeit anderweitigen Verkehr gepflogen habe. Denn einmal sind Umstände denkbar, unter denen Klägerin diese Kenntnis möglicher Weise nicht hat. Und sodann handelt es sich garnicht darum, ob Klägerin sich eines die exceptio rechtfertigenden Tatbestandes bewußt ist, sondern um die Frage, ob der Zuschiebende — nach der Fassung des Eides zu urteilen — seinerseits die Vorstellung von einem konkreten Vorgange besitzt.

Der Hauptgrund gegen unsere Ansicht wird aus der Fassung des § 1717 BGB entnommen. Danach sei die Einrede der mehreren Beischläfer begründet, wenn „auch ein anderer“ der Mutter während der Empfängniszeit beigewohnt hat. Mithin genüge zur bestimmten Behauptung und Zuschiebung das Thema, daß „ein anderer“ mit der Kindsmutter zu tun gehabt habe.[1]) Allein diese Schlußfolgerung beruht auf einer völligen Verkennung des Erfordernisses der Bestimmtheit. Der Gesetzgeber kann sich nicht anders als allgemein, abstrakt ausdrücken: er muß seinen Satz so formulieren, daß darin von einem anderen die Rede ist. Ganz anders aber im einzelnen Prozeß. Der Tatbestand der Einrede aus § 1717 BGB ist kein eindeutig bestimmter. Er gehört vielmehr zu den früher behandelten Tatbeständen, die sich innerhalb des gleichen Verhältnisses wiederholt verwirklichen können. Die Kindsmutter kann während der Empfängniszeit (außer mit dem Beklagten) mit den verschiedensten Männern an den verschiedensten Tagen und Orten Verkehr gehabt haben. Jeder dieser Fälle begründet aber für den Beklagten eine selbständige exceptio plurium concumbentium. Gerade aber wegen der — prinzipiell unbegrenzten — Mehrheit von Einzelfällen gehört es zur Substanziierung der Einrede aus § 1717, daß der Beklagte einen konkreten Vorgang oder eine Mehrheit von solchen behauptet. Die Aufstellung, daß der Klägerin ein anderer beigewohnt habe, kommt im Ergebnis auf die Behauptung einer unbegrenzten Anzahl unbestimmter Vorgänge hinaus, deren eidliche Ableugnung der Klägerin nicht zugemutet werden kann. Sie ist nichts anderes als die nach unserer früheren Aufstellung unzulässige Wiederholung des gesetzlichen Tatbestandes. Daß die auf einen anderen

1) So Meyerowitz a. a. O.; Schmelz in den Blättern für Rechtsanwendung 69 S. 246f.; Strauß Juristenzeitung 7 S. 173; Schneikert ebendort Bd. 68 S. 276, u. a. m.

abgestellte Formulierung sich mit dem gesetzlichen Wortlaut deckt, ist also nicht ein Grund für die hier kekämpfte Auffassung, sondern umgekehrt gerade das Hauptargument gegen ihre Richtigkeit.

Die allgemeine Formulierung ist nicht einmal dann zu verstatten, wenn für den anderweitigen Verkehr der klagenden Mutter einige Anhaltspunkte beigebracht sind. Ob bezüglich der Schwurtatsache eine gewisse Wahrscheinlichkeit begründet ist, mag für die Rechtfertigung des richterlichen Eides erheblich sein. Für die Zulässigkeit der Eideszuschiebung ist dieser Umstand nicht von Bedeutung. In den Fällen, die man für die entgegengesetzte Meinung anführt, läßt sich dem Beklagten anders helfen. Sind nämlich für den Umgang der Klägerin mit anderen Männern Anhaltspunkte gegeben, so können dieselben, wenn sie in ausreichender Zahl und Wichtigkeit vorliegen, schon für sich allein die Einrede begründen. Nichts hindert den Richter, in Prozessen wegen außerehelichen Beischlafs auf solche (anderweitig — z. B. durch Zeugen festgestellte) Indizien seine Überzeugung zu gründen. (— Gegebenenfalls können übrigens Indizientatsachen selbst den Gegenstand des Beweises bilden). Sind sie aber nicht zahlreich und bedeutsam genug, um den zugeschobenen Eid zu erübrigen, so muß eben der Zuschiebende auf Grund dieser Anhaltspunkte die örtlichen und zeitlichen Umstände des anderweitigen Beischlafs, namentlich den Kreis der in Frage kommenden Männer, tunlichst genau erforschen, um das Eidesthema wenigstens einigermaßen spezialisieren zu können. Die Zeugen können beispielsweise einen auffallenden Verkehr der Kindsmutter mit einem anderen Manne beobachtet haben. Oder sie haben bemerkt, daß die Kindsmutter verschiedenen Männern abends oder nachts Zugang in ihre Wohnung gewährte, oder daß sie sich abends häufig mit Mannspersonen in verdächtiger Weise herumgetrieben hat. Vielleicht läßt sich durch sie der Name eines Beteiligten ermitteln, der dann in die Eidesformel aufgenommen werden kann. Möglicher Weise erinnern sie sich ganz genau an die zeitlichen und örtlichen Umstände (— „gelegentlich der Kirchweih in X", „während der Karnevalstage 1902", gelegentlich des Sylvesterballs des Kriegervereins" —), die dann zur Spezialisierung verwertet werden können. Schlimmsten Falles kann der Eid unter Verwertung der Zeugenaussagen dahin formuliert werden, ob nicht die Klägerin während der Empfängniszeit außer dem Beklagten einem der Männer, mit

denen sie sich abends herumgetrieben (— die sie in ihre Wohnung aufgenommen —) den Beischlaf gestattet hat. Dagegen besteht auch hier keine Veranlassung, den Verkehr mit irgend einem Mann als hinreichend bestimmtes Eidesthema anzusehen.[1])

III. Ähnlich liegt der Fall, daß derwegen Verlöbnisbruchs verklagte frühere Bräutigam einwendet, die Braut habe durch Verkehr mit anderen Männern die Verlöbnistreue gebrochen, oder daß er der Klage aus § 1300 BGB entgegnet, die Klägerin habe (sei es auch vor der Verlobung) mit anderen Männern zu tun gehabt, sodaß sie nicht mehr unbescholten im Sinne der angeführten Gesetzesvorschrift sei.

In beiden Fällen genügt nicht die Eideszuschiebung über Verkehr mit anderen Männern schlechthin. Denn Beweisthema ist nicht beim ersten Falle Verlöbnisbruch in abstracto, beim zweiten Bescholtenheit überhaupt. Sondern es ist ein bestimmter Vorgang zu behaupten und unter Eid zu stellen. Bei Würdigung des erforderlichen Maßes an Individualisierung ist im ersten der beiden Fälle zu berücksichtigen, daß einerseits der Beklagte in seiner Eigenschaft als Verlobter die Lebensführung seiner Braut genauer zu kontrollieren imstande ist, während andererseits der angebliche Treubruch in gewissem Maße schon durch die Zeit des Verlobungsverhältnisses individualisiert ist. Im zweiten Falle sind die zeitlichen Grenzen, innerhalb deren der (die Bescholtenheit begründende) Vorgang sich abgespielt haben soll, naturgemäß erheblich weiter gesteckt, sodaß man vom Zuschiebenden hinsichtlich der Zeit genauere Angaben wird verlangen dürfen. Auf der anderen Seite aber muß dem Beklagten zugute gehalten werden, daß er — wenigstens für die der Verlobung vorausgegangene

1) Anders die — im übrigen trefflich begründete — Entscheidung des Landgerichtes Ulm vom 11. Mai 1904 (JW. 04 S. 606f.). Hier ist die allgemeine Fassung — unter richtiger Hervorhebung ihrer Unzulässigkeit im allgemeinen — aus der Erwägung zugelassen: „daß die Klägerin sich, wie sie nicht zu bestreiten vermochte, dem Beklagten nach einer ganz kurzen Bekanntschaft hingegeben hat, daß andererseits der Beklagte durch seinen militärischen Beruf an einen vom Wohnsitz der Klägerin entfernten Ort gefesselt und nicht in der Lage war, sich Kenntnis von bestimmten Tatsachen zu verschaffen, welche zur Begründung der Einrede der mehreren Zuhälter begründet werden könnten. Nimmt man hinzu, daß die beiden Zeugen in glaubhafter Weise unter Anführung einzelner bestimmter Tatsachen bekundet haben, daß die Klägerin sich nicht des besten Leumunds erfreut, und vielfach — auch in vorgeschrittener Nachtzeit — mit anderen Männern in auffallender Weise verkehrt hat," . . . .

Zeit — weniger Gelegenheit zur Überwachung seiner künftigen Braut und somit zur Substanziierung des anderweitigen Verkehrs gehabt hat.[1])

IV. In einen anderen Zusammenhang führt uns der folgende Fall. Ein Dienstherr hat einen Angestellten durch Fahrlässigkeit an der Gesundheit geschädigt, oder er hat ihn ohne Grund vorzeitig entlassen. Als er unter dem Gesichtspunkte des Schadensersatzes darauf verklagt wird, dem Kläger auch für die Zeit nach seinem Dienstaustritt den bisherigen Lohn fortzuzahlen, wendet er ein, Kläger sei in der betreffenden Zeit anderweitig beschäftigt gewesen und habe in dieser Stellung ebensoviel verdient wie früher beim Kläger. Über die so formulierte Einwendung schiebt er dem Kläger den Eid zu.

Es liegt auf der Hand, daß diese Delation unzulässig ist. Zwar bezieht sie sich auf eine Tatsache im vulgären Sinne (im Gegensatz zum Urteil): denn die Berechnung des anderweitig verdienten Lohns und die Vergleichung desselben mit dem früher bezogenen stellt an die Urteilstätigkeit des Delaten gewiß keine übertriebene Anforderung. Dagegen fehlt der Tatsache die nötige Bestimmtheit. Die „anderweitige Beschäftigung" ist ein Tatbestand, der sich in sehr mannigfaltiger Weise, an verschiedenen Orten und bei verschiedenen Dienstherren verwirklichen kann. Wenn der Beklagte den Ort nicht anzugeben, den Dienstherrn nach Namen oder sonstigen Merkmalen nicht genau zu präzisieren vermag, so läßt er eben erkennen, daß er ein bestimmtes Dienstverhältnis gar nicht im Auge hat. Daher begnügt er sich im Ergebnis unter bloßer Anwendung auf seinen Rechtsstreit mit einer

1) Trotzdem ist die allgemeine Formulierung als zulässig erklärt worden: für den ersten Fall durch OLG. Frankfurt 18. Dezember 1888 (S.A. 45 Nr. 55 S. 104): „weil sich Klägerin der Tatsache des Verkehrs mit Andern als einer eigenen Handlung bewußt sein müsse und weil Kläger zur Angabe einer Person häufig gar nicht in der Lage sein würde bei der sich aus der Natur der Sache ergebenden Schwierigkeit, zuverlässige Informationen über die betreffende Tatsache einzuziehen". — Entsprechend für den zweiten Fall OLG. Hamburg 30. Januar 1904 (S.A. 59 Nr. 205 = Rechtsprechung der OLG. 8 S. 330 = Hanseat. Gerichtszeitung 04 Beiblatt 95): maßgebend sei die Tatsache der Bescholtenheit, die davon abhänge, ob die Braut sich anderen Männern preisgegeben. Wann, unter welchen Umständen, und mit wem dies geschehen, sei unerheblich. Man könne ihr zumuten, zu wissen, ob sie noch unbescholten sei. Es handele sich nicht um eine bloße Vermutung des Beklagten oder Verdächtigung der Klägerin durch ihn. — Richtig dagegen Weismann Lehrbuch S. 169.

Wiedergabe des abstrakt formulierten Gesetzestatbestandes, etwa des § 615 BGB: der Verpflichtete (d. h. der Dienstpflichtige) muß sich anrechnen lassen, „was er durch anderweitige Verwertung seiner Dienste erwirbt.“ Dies ist ein unzulässiger Versuch, die eigene Behauptungslast zu umgehen und sie auf den Gegner zu schieben. [1])

V. Recht lehrreich ist endlich folgendes Beispiel. Ein im Auslande wohnhafter Holzlieferant wird von einem Deutschen — offenbar ohne genügende vorgängige Prüfung der Zuständigkeitsfrage — bei einem Breslauer Gerichte verklagt. Als er hier die Einrede der Unzuständigkeit erhebt, sucht Kläger die Zuständigkeit unter dem Gesichtspunkt eines Gerichtsstandes des Vermögens zu halten. In Breslau gelegene, dem Beklagten gehörige körperliche Objekte sind ihm nicht bekannt. Er überlegt sich aber, daß Beklagter wohl mit einzelnen Holzabnehmern zu Breslau in Beziehung stehen und gegen diese noch unbeglichene Forderungen haben wird. Und so schiebt er dem Beklagten den Eid zu, ob er nicht zur Zeit der Klageerhebung verschiedene Forderungen an Industrielle der Holzbranche in Breslau gehabt habe.“

Dieser Eid bezieht sich auf eine Tatsache. [2]) Letztere scheint auch einigermaßen konkret bezeichnet zu sein („Zeit der Klageerhebung; „Industrielle der Holzbranche in Breslau.“) Und doch

1) Richtig RG. (6 Z.S.) 6. Februar 1887 (Bolze 5 Nr. 1215); Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch § 70 Anm. 5; unzutreffend dagegen Horrwitz, das Recht der Handlungsgehülfen S. 181.

2) Nicht im Wege steht, daß er den Ausdruck „Forderungen“ enthält. Denn es ist allgemein anerkannt, daß unter den Begriff der Tatsache im Sinne der Eideslehre auch Rechtsbegriffe fallen können, wenn sie nämlich so einfacher Natur sind, daß sie sich ohne Schwierigkeit in ihre tatsächlichen Elemente zerlegen lassen, und daß sie allgemein geläufig und verständlich sind. Vergl. über das Prinzip u. a. die Entscheidungen RG. (2 Z.S.) 20. Juni 1890 (JW. 90 S. 256 Nr. 4 = Bolze 10 Nr. 795); RG. (3 Z.S.) 1. Dezember 1899 (JW. 00 S. 15 Nr. 17 = S.A. 55 Nr. 177 S. 357); RG. (5 Z.S.) 21. November 1885 (Gruchot 30 S. 736). — So ist die Eideszuschiebung für zulässig erklärt worden über folgende Rechtsbegriffe: „Besitz“ im Urteil OAG. Dresden 4. Oktober 1870 (X.A. Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung Neue Folge 36 S. 101/2 = S.A. 26 Nr. 195 S. 304); — anders allerdings Kassationshof Wolfenbüttel vom 29. Januar 1858 (S.A. 12 Nr. 211) und OAG. Kiel 9. Februar 1853 (S.A. 8 Nr. 184) sowie für den Begriff „Eigenbesitz“ OAG. Jena 30. November 1866 (S.A. 24 Nr. 289 S. 438). — „Vertreter“: ROHG. (2. Senat) 18. November 1871 (S.A. 26 Nr. 280 S. 431). — „Zahlungseinstellung“: RG. (2 Z.S.) 7. Dezember 1880 (Entsch. 3 Nr. 111 S. 395 = JW. 81 S. 20). — „Darlehn“: RG. (4 Z.S.) 12. März 1888 (Bolze 5 Nr. 1211) und Oberstes Landesgericht für Bayern 22. November 1881 (S.A. 37 Nr. 266). —

ist sie nicht bestimmt genug im Sinne des § 451 ZPO angegeben. Es liegt auf der Hand, daß Kläger nicht in der Lage ist, die von ihm behaupteten Forderungen des Beklagten näher zu individualisieren. Er vermag nicht die Schuldner anzugeben, gegen welche die Forderungen sich richten, ebensowenig die Geschäfte, aus denen sie stammen. Er hat also auch — mangels der nötigen Tatsachenkenntnis — keinen konkreten Fall im Auge. Sondern er ist genötigt, ganz allgemein angeblich in Breslau lokalisierte Forderungen des Beklagten zu behaupten. Und da dieselben, wie er kombiniert, vermutlich gegen Industrielle der Branche gerichtet sein werden, mit welcher Beklagter nach seinem ganzen Geschäftsbetriebe zu tun hat, so versucht er, durch Einfügung dieser Personenkategorie dem zugeschobenen Eide den Anschein der Bestimmtheit zu geben. Hier liegt ein geradezu typischer Fall vor, daß Kläger zur Substanziierung seines Vorbringens nicht in der Lage ist, sondern den Eid dazu mißbrauchen will, über die ihm selbst unbekannten Verhältnisse den Beklagten auszuforschen. [1])

§ 6.

4. Würdigung sonstiger Kriterien.

Bei Erörterung der Erfordernisse für die Bestimmtheit der Eideszuschiebung begegnen uns in der Literatur und Rechtsprechung eine Reihe von Gesichtspunkten, die zum Teil unrichtig, zum Teil wenigstens irreführend und unzulänglich sind. Einige von ihnen sollen im folgenden gewürdigt werden.

„Fester (definitiver) Vertragsabschluß“: RG. (2 Z.S.) 27. Juni 1884 (JW. 84 S. 213 Nr. 11). — „Trauung nach jüdischem Ritus“: RG. (4 Z.S.) 10. November 1884 Bolze 1 Nr. 1829). — „Unterschlagung“: RG. (1 Z.S.) 20. Juni 1885 (Bolze 2 Nr. 1691 Zif. 1). — „Daß eine bestimmte Verabredung getroffen“: RG. (5 Z.S.) 21. November 1885 (Gruchot 30 S. 378 = Bolze 2 Nr. 1691). — „Existenz eines Guthabens“ und „Aufrechnung“: RG. (1 Z.S.) 12. Juni 1886 (Bolze 3 Nr. 1277). — „Vermögen im Besitze haben“: RG. (5 Z.S.) 16. April 1887 (JW. 87 S. 203 Nr. 3). — „Zession zwecks Sicherung“: RG. (3 Z.S.) 10. Mai 1895 (JW. 95 S. 295 Nr. 13). — „Dienstverhältnis“: RG. (2 Z.S.) 13. Februar 1903 (JW. 03 S. 124 Nr. 7). — Natürlich darf aber nicht gerade die Frage streitig sein, ob in dem den Gegenstand des Rechtsstreits bildenden Einzelfalle der Rechtsbegriff anwendbar ist oder nicht. Die Eideszuschiebung über die Zession einer „rechtmäßigen Forderung“ wäre also unzulässig, wenn gerade der Streit über die Existenz einer solchen die Hauptfrage des Prozesses bildete: RG. (2 Z.S.) 20. November 1884 (JW. 85 S. 26 Nr. 8 = Bolze 1 Nr. 1804 Zif. 7).

1) So mit Recht RG. (1 Z.S.) 19. Oktober 1889 (Bolze 8 Nr. 911).

I. Vielfach wird ausgeführt, der Zuschiebende dürfe den Eid nicht dazu mißbrauchen, um sich Prozeßmaterial durch den Gegner zu beschaffen.[1])

In dieser Wendung liegt als richtiger Kern der oben dargelegte Gedanke enthalten, daß der Zuschiebende den Eid über einen Tatbestand erst deferieren darf, wenn er bezüglich desselben seiner Behauptungslast nachgekommen ist. Dagegen ist die Formulierung zum mindesten nicht ganz genau. Denn durch die Leistung oder Verweigerung eines zugeschobenen allgemeinen Eides würde in den Prozeß quantitativ nicht mehr Behauptungsstoff eingeführt, als schon durch die Aufstellung des Zuschiebenden beigebracht ist. Ist z. B. der Eid zugeschoben, ob Kläger die Ehe, auf deren Scheidung er klagt, auch seinerseits gebrochen habe, so würde durch Leistung des Eides zwar jeder Ehebruch verneint, durch Verweigerung desselben dagegen wäre nur festgestellt, daß ein Ehebruch (irgend ein Ehebruch) stattgefunden habe. Die näheren Umstände desselben nach Ort, Zeit, Person des Mitschuldigen usw. wären durchaus nicht in den Prozeß eingeführt; das Maß des Behaupteten wäre nicht vermehrt. Sondern die Wirkung der Eidesweigerung ist eine andere. Durch sie würde die Behauptung des Zuschiebenden (nicht ergänzt, vervollständigt, konkretisiert, sondern) in ihrer Allgemeinheit festgestellt und zur Urteilsgrundlage gemacht. Die Folge wäre also eine Veränderung nicht in der Quantität oder dem Umfang, sondern in der Qualität oder Verwertbarkeit des Materials: aus bloß behauptetem würde festgestellter Prozeßstoff, aus dem Klage- oder Einredegrund ein Urteilsgrund geworden sein. Also läge bei Zulassung allgemein formulierter Eide die Unbilligkeit für den Delaten nicht darin, daß er dem Zuschiebenden weiteren Behauptungsstoff verschaffen müßte, sondern darin, daß er genötigt wäre die gegnerischen Behauptungen (trotz ihrer mangelnden Substanziierung) bindend festzustellen, weil er nicht in der Lage wäre, den Eid, den er bei genauer Spezialisierung hätte leisten können, in der gewählten allgemeinen Formulierung zu schwören.

---

1) So z. B. OLG. Hamburg 20. Mai 1892 (S.A. 49 Nr. 62 S. 110); RG. (4 Z.S.) 29. Juni 1888 (JW. 88 S. 329 Nr. 6 = Bolze 6 Nr. 1124); auch LG. Ulm 11. Mai 1904 (JW. 04 S. 606 f.); RG. (3 Z.S.) 19. Mai 1896 (JW. 96 S. 356 Nr. 8 = Bolze 22 Nr. 766); RG. (4 Z.S.) 25. September 1902 (Gruchot 47 Nr. 5, insbesondere S. 122); OLG. Köln 5. Februar 1896 (Puchelt 27 S. 660); OLG. Hamm 25. Oktober 1896 (im Recht 06 Nr. 3327).

II. Wiederholt findet sich der Ausspruch, das Erfordernis der Bestimmtheit sei für das Eidesthema ebenso zu beurteilen wie für den Klagegrund. Dies ist nur mit Einschränkungen zutreffend. Gewiß lassen sich die für den Klagegrund maßgebenden Gesichtspunkte, wie dies ja oben mehrfach geschehen ist, auch für das Eidesthema verwerten. Richtig ist auch, daß eine Aufstellung, die als Klagegrund zu unbestimmt wäre, jedenfalls als Eidesthema unzulässig ist.

Dagegen gilt nicht auch positiv, daß ein Tatbestand, der als Klagegrund hinreichend bestimmt wäre, nun auch den Erfordernissen der Eideszuschiebung nach § 451 ZPO. genügen würde. Es ist schon früher dargelegt, daß der Klagegrund vielfach durch einen Gesamttatbestand gebildet wird, dessen einzelne Stücke weniger deutlich hervorzutreten brauchen, während der Gegenstand des Eides regelmäßig in einer Einzelsache besteht, die daher genauer anzugeben ist. Der maßgebende Gesichtspunkt für die Bestimmtheit des Klagegrundes ist die Individualisierung des Prozeßgegenstandes; derjenige für die Bestimmtheit des Eidesthemzs ist die billige Rücksichtnahme auf den Schwurpflichtigen. Darum kann höchstens gesagt werden, daß die Eidestatsache mindestens so bestimmt zu bezeichnen ist, als es für die Klagebegründung nötig wäre.[1])

Sodann ist zu beachten, daß der Eid nicht nur über eine Klagetatsache, sondern ebensowohl über einen Einredetatbestand nötig werden kann. Ja, die meisten der früher behandelten, in der Praxis streitig gewordenen Einzelfälle beziehen sich auf Eideszuschiebungen des Beklagten. Hier gibt der Hinweis auf den Klagegrund keine Lösung. Und schließlich bezieht sich auch der vom Kläger deferierte Eid nicht notwendig auf den Klagegrund im engeren Sinne oder auf ein Stück desselben oder auf eine Repliktatsache, sondern möglicherweise auf einen von

---

1) Richtig RG. (3 Z.S.) 19. Mai 1896 (JW. 96 S. 356 Nr. 8 — Bolze 22 Nr 766); vergl. auch Oberstes Landesgericht für Bayern vom 17. Januar 1890 (in Sammlung 12 S. 499). — Mit dieser Beschränkung sind wohl auch zu verstehen die Hinweise auf den Klaggrund bei RG. (6 Z.S.) 10. April 1902 (JW. 02 S. 312 Nr. 16); LG. Ulm 11. Mai 1904 (JW. 04 S. 606 ff.): „Die Grenze muß dieselbe sein wie bei der Substanziierung der Klage gemäß § 253 ZPO." — Wer übrigens den Klaggrund als ein Rechtsverhältnis ansieht, wird die für ihn geltenden Grundsätze auf das Eidesthema schon deshalb nicht übertragen dürfen, weil Gegenstand desselben eine Tatsache sein muß, kein Rechtsverhältnis sein darf.

ihm zu beweisenden prozessualen Tatbestand, so z. B. auf einen Zuständigkeitsgrund.[1])

III. Nicht selten wird eine an sich wenig bestimmte Eideszuschiebung um deswillen für zulässig erklärt, weil der Delat wissen müsse, ob ein Vorgang wie der behauptete sich abgespielt habe oder nicht, weil ihm mithin durch die Eideszuschiebung nichts Unbilliges zugemutet werde.[2]) Bei diesen Äußerungen scheint der richtige Gedanke vorgeschwebt zu haben, daß die Zuschiebung des Eides hinreichend bestimmt formuliert sein müsse, um den Gegner erkennen zu lassen, welcher historische Vorgang in Frage stehe. In der Tat ist dieser Gedanke oben als zutreffend und erheblich dargelegt worden.

Sollte aber der wiedergegebenen Wendung eine andere (übrigens mit ihrem Wortlaut bessere vereinbare) Bedeutung beizulegen sein, so müßte der Satz entschieden abgelehnt werden. Zwar ist richtig, daß der Eid über Vorgänge, von denen der Delat nichts wissen kann, allein schon um dieses Umstandes willen unzulässig ist. Das folgt aber nicht aus den Vorschriften über die Bestimmtheit des Eides, sondern ergibt sich aus dem Satze, daß der Eid nur eigene Handlungen und Wahrnehmungen des Schwörenden betreffen darf. Dagegen kann keineswegs das umgekehrte Prinzip aufgestellt werden, daß der Eid über alles statthaft sei, was der Delat wissen müsse.

Die Eideslast hängt nicht bloß von der Kenntnis des Schwurpflichtigen, sondern noch von einer ganzen Reihe anderer Umstände ab. Zu diesen gehört die Bestimmtheit der Eideszuschiebung. Letztere wiederum liegt nur vor, wenn der Zuschiebende in der Lage ist, konkrete geschichtliche Vorgänge mit hinreichender Substanziierung vorzubringen. Kann er das, so begründet er für den Gegner eine Eideslast. Kann er es nicht, so ist seine Zuschiebung unzulässig, mag auch der Delat sehr wohl in der Lage sein, von solchen konkreten Vorgängen seinerseits Kenntnis zu haben. Dagegen ist es ihm nicht gestattet, einen unbestimmten Eid allein aus dem Grunde zuzuschieben, weil der Delat auch

1) Als Beispiel diene die oben § 5 V besprochene Entscheidung RG. (1 Z.S.) 19. Oktober 1889 (Bolze 8 Nr. 911).

2) Vergl. OLG. Hamburg 30. Januar 1904 (S.A. 59 Nr. 205 = Rechtsprechung der OLG. 8 S. 330 = Hanseatische Gerichtszeitung 04 Beiblatt 95); RG. (4 Z.S.) 8. November 1897 (JW. 98 S. 8 Nr. 18); RG. (3 Z.S.) 30. April 1901 (JW. 01 S. 400 Nr. 15).

über ein so allgemeines Eidesthema aus eigener Wissenschaft Auskunft zu geben vermöchte. Sonst hätte jede Partei, der das nötige Prozeßmaterial und die erforderlichen Beweismittel fehlen, immer noch die Möglichkeit, auf dem Umweg der Eideszuschiebung den Gegner zur Offenbarung seiner Kenntnis zu zwingen. Eine derartige allgemeine Last der eidlichen Ableugnung unbestimmt, welcher und unbestimmt vieler vom Gegner zu verwertender Tatsachen ist unserem Prozeßrecht fremd: Sie liefe auf eine Art von Kalumnieneid hinaus.[1])

Wenn es sich um die Bestimmtheit der Eideszuschiebung handelt, so ist die Frage nicht, ob der Delat (vermöge seines Wissens) schwören kann, sondern ob er schwören muß, ob für ihn eine „Einlassungspflicht" auf die Zuschiebung besteht.[2]) Vollends unzutreffend aber ist es, wenn etwa für den Scheidungsprozeß aufgestellt wird, die Behauptung des Ehebruches müßte so konkretisiert sein, „daß der Schwurpflichtige sich darüber im Klaren sein muß, ob er außerehelichen Umgang gepflogen hat.[3]) Als ob der Delat diese Kenntnis in aller Regel nicht schon ohne die Zuschiebung besäße! Und als ob es die Aufgabe der letzeren wäre, ihm das Wissen von seinen eigenen Handlungen zu vermitteln! Was ihm erkennbar gemacht werden muß, ist nicht der Umstand, ob er überhaupt die Ehe gebrochen hat, sondern ob der Zuschiebende einen Einzelvorgang bestimmt genug behaupten kann, um den Delaten zur Einlassung zwingen zu können.

IV. Besonders häufig findet man in Gerichtsentscheidungen Gewicht darauf gelegt, ob der Zuschiebende bezüglich des Eidesthemas vielleicht nur eine Vermutung habe, nur einen vagen Verdacht aussprechen könne. Sei dies der Fall, so müsse die Zuschiebung als unzulässig gelten. Im umgekehrten Falle sei sie hinreichend bestimmt.[4]) Was ist von diesem Gesichtspunkte zu halten?

---

1) Vergl. Oberstes Landesgericht für Bayern vom 17. Januar 1890 (Sammlung 12 S. 499); OLG. Hamburg 30. April 1885 (S.A. 41 Nr. 240 S. 368).

2) Richtig RG. (3 Z.S.) 19. Mai 1896 (JW. 96 S. 356 Nr. 8 = Bolze 22 Nr. 766); RG. (3 Z.S.) 26. März 1897 (JW. 97 S. 234 Nr. 22); RG. (3 Z.S.) 16. Februar 1894 (JW. 94 S. 141 Nr. 10 = Bolze 18 Nr. 710 = Bad. Annalen 60 S. 171); auch Petersen (4. Aufl.) § 445 Anm. 8.

3) So RG. (4 Z.S.) 2. Mai 1895 (JW. 95 S. 325 Nr. 10 = Bolze 20 Nr. 796 = Gruchot 39 S. 1130).

4) Vergl. RG. (4 Z.S.) 28. April 1887 (Bolze 4 Nr. 1320 Zif. 5); RG. (4 Z.S.) 11. November 1889 (Bolze 8 Nr. 912); RG. (6 Z.S.) 8. Dezember 1890 (S.A. 46)

Zunächst mag auch hier ein richtiger Gedanke vorschweben. Wer sich darauf beschränkt, in seiner Eideszuschiebung nur den allgemeinen Tatbestand des Gesetzes wiederzugeben, der tut dies meistens aus dem Grunde, weil er annimmt, daß irgend ein unter diesen Tatbestand fallender Vorgang sich ereignet hat, weil er aber nicht in der Lage ist, einen solchen genau zu bezeichnen. Insofern „vermutet" er bloß eine von ihm zu verwertende Tatsache, ohne sie näher substanziieren zu können. So entsteht der Anschein, als bilde die Äußerung einer Vermutung (eines Verdachts) den Gegensatz zur bestimmten Behauptung.

Dieser Anschein ist indessen irrführend. Der Gesichtspunkt der Vermutung oder des Verdachtes läßt sich für unsere Frage nicht fruchtbringend verwerten. Unter dem Worte „vermuten" kann ein Dreifaches verstanden werden.

In der ersten Bedeutung heißt der Ausdruck soviel wie „bloß vermuten", bezeichnet also den Gegensatz zum (sicheren, bestimmten) Wissen. So verstanden, würde die oben wiedergegebene Wendung besagen: der Zuschiebende müsse von dem den Gegenstand des Eides bildenden Vorgang sichere Kenntnis haben. Daß diese Forderung abzulehnen ist, bedarf kaum eines Beweises. Die Partei behauptet im Prozeß manche Tatsache, von der sie ein sicheres Wissen nicht besitzt. Sie tritt hierüber auch Beweis an, und zwar oft gerade zu dem Zweck, um erst die ihr fehlende Kenntnis von dem Vorgang zu gewinnen. Zu dem gleichen Zweck wird sie besonders häufig den Eid zuschieben. Voraussetzung seiner Zulässigkeit kann dann nicht sein, daß sie die zu beschwörende Tatsache oder deren Unwahrheit bereits bestimmt weiß. Im Gegenteil! Gerade weil sie keine genügende Kenntnis des Vorganges hat, sondern ihn bloß (in diesem Sinne) „vermutet", schiebt sie den Eid zu. Ist aber dieser hinreichend bestimmt, so ist er unabhängig davon zulässig, wie weit die Kenntnis des Zuschiebenden von der Eidestatsache reicht. Die Ehefrau, die einen lebhaften Verkehr ihres Gatten mit einer dritten

Nr. 230 S. 366 = JW. 91 S. 8 Nr. 18 = Bolze 11 Nr. 797); RG. (4 Z.S.) 20. November 1893 (Bolze 17 Nr. 772); RG. (4 Z.S.) 2. Mai 1895 (JW. 95 S. 325 Nr. 10 = Bolze 20 Nr. 796 = Gruchot 39 S. 1130); RG. (4 Z.S.) 8. November 1897 (JW. 98 S. 8 Nr. 18); OLG. Hamburg 30. April 1885 (S.A. 41 Nr. 240 S. 368); OLG. Hamburg 30. Januar 1904 (S.A. 59 Nr. 205 = Rechtsprechung der OLG. 8 S. 330 = Hanseatische Gerichtszeitung 04 Beiblatt 95). Vergl. auch Stuttgart 16. Juni 1893 (in den Württembergischen Jahrbüchern 6 S. 332); RG. (1 Z.S.) 19. März 1898 (im Sächsischen Archiv 8 S. 377).

Person beobachtet hat, und die ihm nun den Eid zuschiebt, ob er nicht in der und der Zeit mit der (namentlich bezeichneten) Person die Ehe gebrochen habe, wird von der letzteren Tatsache keine sichere Kenntnis haben; sonst könnte sie sich vielfach anderer Beweismittel als des Eides bedienen. Sie hat nur die „Vermutung“ des stattgehabten Ehebruchs. Und doch ist ihre Eideszuschiebung ohne Zweifel zulässig, weil hinreichend bestimmt. Und wenn sie umgekehrt durch einen inzwischen verstorbenen oder verschwundenen durchaus glaubwürdigen Dritten überzeugende, wenngleich nicht hinreichend spezialisierte Berichte über das Treiben des Ehemannes erlangt hat, sodaß sie von dessen ehebrecherischem Verhalten sichere Kenntnis erlangt hat, dann kann sie dennoch einen allgemeinen, d. h. auf Ehebruch schlechthin gerichteten Eid nicht wirksam zuschieben, obgleich sie über das Stadium der „vagen Vermutung“ weit hinaus gekommen ist.

Zum zweiten könnte unter „Vermuten“ (allerdings in sprachlich bedenklicher Anwendung) so viel verstanden werden wie: eine Vermutung aufstellen, einen Verdacht aussprechen, jemand verdächtigen. Dem Ausdruck würde hier ein ethisch tadelnder Beigeschmack innewohnen, nämlich der des Handelns wider besseres Wissen, wider bessere Überzeugung. Seine Anwendung im Zusammenhang der Eideslehre würde bedeuten: die allgemein gehaltene Eideszuschiebung ist dann unzulässig, wenn der Deferent die Eidestatsache ohne Überzeugung von ihrer Wahrheit, also schlechten Glaubens vorbringt. Auch in dieser Färbung wäre der Gesichtspunkt zu verwerfen.

Auf die bona oder mala fides des Zuschiebenden kommt für unsere Frage nichts an. Entscheidend ist nicht sein subjektives Verhältnis zum Eidesthema, sondern die objektive Bestimmtheit desselben, d. h. die genügend konkrete Bezeichnung der Eidestatsache. Es ist ja auch sonst für die prozessuale Wirksamkeit einer Behauptung unerheblich, ob die Partei an ihre Wahrheit glaubt. Ebensowenig hängt die Zulässigkeit einer Beweisantretung von der Überzeugung des Beweisführers ab. Es besteht kein Grund, für die Eideszuschiebung etwas anderes anzunehmen. Mit keinem Worte deutet das Gesetz auf das Erfordernis des guten Glaubens hin. Auch wäre die Feststellung desselben überaus schwierig, oft genug vollkommen unmöglich. Wer will in der Seele des Zuschiebenden lesen, ob er von der Wahrheit seiner Behauptung überzeugt ist oder Zweifel an ihr hegt oder gar ihrer

Unrichtigkeit sich vollkommen bewußt ist? Wie oft wird er über Wahrheit oder Unwahrheit des Eidesthemas überhaupt keine bestimmte Vorstellung haben, sondern eine solche erst vom gegnerischen Verhalten auf den Eid erwarten!

Jedenfalls aber hat der gute Glaube des Deferenten mit der Frage der Bestimmtheit der Eideszuschiebung nichts zu tun. Wer seinem Ehegatten den Eid über den Ehebruch mit einer namentlich bezeichneten Person zuschiebt, hat einen hinreichend bestimmten Eid deferiert, mag er auch damit eine bewußt unwahre Verdächtigung des Gegners aussprechen. Wer umgekehrt von der Untreue seines Gatten felsenfest überzeugt ist, ohne jedoch einen einzelnen Vorgang genügend präzis behaupten zu können, dessen Eideszuschiebung ist nicht bestimmt, obgleich sie von einer böswilligen Verdächtigung weit entfernt ist.

Es mag ja oft genug dem Richter wider den Geschmack gehen, daß er einem Ehegatten, dem er den Ehebruch nicht zutraut, erst noch die eidliche Ableugnung desselben abnehmen muß. Allein dies genügt nicht, den Eid als unzulässig zu verwerfen, wofern nur derselbe im Sinne des § 451 ZPO hinreichend bestimmt erscheint. Jede Partei hat es bei Führung ihres Prozesses überhaupt in der Hand, durch ihre Behauptungen eine Verdächtigung des Gegners zu versuchen. Diese Behauptungen sind um deswillen prozessual nicht minder wirksam. Ja, die Partei kann sogar (wenn die übrigen Voraussetzungen der Zulässigkeit vorliegen) den Gegner zwingen, sich durch Eid von solcher (bestimmt formulierter) Verdächtigung zu reinigen. Dies liegt ohne weiteres begründet in der Natur des Eides, der eben einen starken Druck auf den Gegner ermöglicht und seinem ganzen Zwecke nach auch ermöglichen muß. Vielleicht wird der Richter die Befugnis haben, eine rein schikanöse Eideszuschiebung zu verwerfen. Ist aber die Schikane nicht offenkundig (— und bei Beurteilung dieser Frage ist mit größter Vorsicht zu verfahren —), so muß er einen Eid, der den objektiven Erfordernissen des Gesetzes, namentlich bezüglich der Bestimmtheit, entspricht, auch dann zulassen, wenn darin eine durch nichts begründete Verdächtigung der schwurpflichtigen Partei zum Ausdrucke kommt.[1])

---

1) Im allgemeinen ist der Beweggrund für die Wirksamkeit einer Handlung auf dem Gebiete des Prozeßrechtes noch weniger erheblich als auf dem des Privatrechtes. So durfte z. B. die Eideszuschiebung nicht schon aus dem Grunde verworfen werden, weil sie „auf eine Abneigung gegen Eidesleistung seitens des

In einer dritten Bedeutung endlich kann „vermuten" soviel heißen wie: leichthin glauben, ohne objektiven Grund annehmen. In diesem Sinne wird der Ausdruck namentlich verwendet, wenn als Gegensatz der Vermutung der Fall hingestellt wird, daß der Zuschiebende für das Eidesthema gewisse „Anhaltspunkte" beibringen könne. So findet sich häufig die Bemerkung, der an sich allgemein gehaltene Eid sei statthaft, wenn der Richter die Überzeugung erlangt habe, daß der Zuschiebende seine Behauptung nicht ins Leere hinein, sondern auf Grund gewisser Anhaltspunkte für ihre Wahrheit vorbringe.[1])

Auch dieser Formulierung liegt eine richtige Vorstellung zu Grunde. Wer sich bei der Zuschiebung auf einen allgemeinen Tatbestand beschränken muß, der tut dies meist aus dem Grunde, weil ihm zur genaueren Konkretisierung die „Anhaltspunkte" fehlen. Wenn er dagegen einen bestimmten Vorgang im Auge hat, so muß er auch imstande sein, die Merkmale anzugeben, welche diesen Vorgang individualisieren.

Diejenigen Momente nun, die so häufig als Anhaltspunkte angesprochen werden, sind in Wahrheit Bestandteile des festzustellenden Vorganges selbst, u. z. solche Stücke, die geeignet sind, denselben aus dem Bereich eines bloß generellen Tatbestandes herauszuheben, und in einem für Richter und Gegner hinreichenden Maße zu konkretisieren. Sie sind bei Beurteilung der Eidesbestimmtheit erheblich, weil sie erkennen lassen, daß der Zuschiebende einen bestimmten Einzelfall vor Augen hat, nicht dagegen aus dem Grunde, weil sie für die Wahrheit dieses Falles Indizien erbringen. Wenn beispielsweise als hinreichend bestimmt der Eid angesehen werden darf: „daß der klagende Ehemann auch seinerseits die Ehe gebrochen habe, u. z. mit der Person, mit der er in der ersten Hälfte des Monates Mai 1901 wiederholt Eisenbahnfahrten unternommen habe", so beruht die Statthaftigkeit des so formulierten Eides nicht darauf, daß der angeführte Umstand (Eisenbahnfahrt) eine gewisse Wahrscheinlichkeit für den Ehebruch begründet, sondern weil dieser Umstand den bestimmten

---

Gegners berechnet" war. Vergl. RG. (5 Z.S.) 21. November 1885 (Gruchot 30 S. 376): „da das prozessuale Recht von den gesetzlich zugelassenen Beweismitteln Gebrauch zu machen, von den Beweggründen, durch welche sich der Beweisführer dabei etwa leiten läßt, unabhängig ist".

1) Vergl. etwa das Urteil des OLG. Hamburg vom 13. Juni 1889 (S.A. 46 Nr. 64 S. 103) und OLG. Hamburg 20. Mai 1892 (S.A. 49 Nr. 62 S. 110).

Ehebruchsfall individualisiert, den die Beklagte bei ihrer Zuschiebung im Auge hat. Nur mit dieser Beschränkung kann man die Erheblichkeit der „Anhaltspunkte“ gelten lassen.

Sollte dagegen die Wendung (— worauf eigentlich das Wort „Anhaltspunkte“ hinweist —) in dem Sinne verstanden werden, daß für die Wahrheit des Eidesthemas bereits einige Wahrscheinlichkeit begründet sein müsse,[1]) so wäre gegen diese Deutung Widerspruch zu erheben. Die Wahrscheinlichkeit eines bestimmten Faktums ist allerdings für die Frage erheblich, ob ein richterlicher Eid aufzuerlegen sei. Hingegen für die Zulässigkeit der Eideszuschiebung ist sie weder erforderlich noch genügend. Sind nämlich die Indizien ausreichend, um den Schluß auf die Wahrheit des Beweisthemas schon für sich allein zu stützen, so ist die Eideszuschiebung überflüssig. Im umgekehrten Falle ist die Eideszuschiebung zwar statthaft, aber nur, wenn ihre übrigen Voraussetzungen vorliegen. Zu diesen aber gehört bestimmte Formulierung. Ist eine solche dem Zuschiebenden möglich, so ist die Delation statthaft ohne Rücksicht darauf, ob für ihren Gegenstand irgend eine Wahrscheinlichkeit, ein „Anhaltspunkt“, in diesem Sinne vorliegt. Kann dagegen das Eidesthema nicht im Sinne des § 451 ZPO bestimmt gefaßt werden, so ist es als Gegenstand der Zuschiebung überhaupt untauglich, u. z. unabhängig davon, ob es vielleicht durch andere im Prozeß vorgebrachte Umstände einigermaßen wahrscheinlich gemacht ist.

So ist z. B. die Eideszuschiebung der Frau darüber, ob der Mann mit der X oder mit einer (zwar nicht benannten aber doch) bestimmt individualisierten Person die Ehe gebrochen habe, im Sinne des § 451 ZPO auch dann statthaft, wenn der abzuschwörende Ehebruch recht wenig wahrscheinlich ist. (Es sei denn, daß das Gericht auf Grund etwaiger Indizien von der Unwahrheit bereits völlig überzeugt wäre: § 446 ZPO). Umgekehrt ist die allgemeine Eideszuschiebung, der Ehemann habe die Ehe gebrochen, wegen mangelnder Bestimmtheit selbst dann zu verwerfen, wenn nach Lage des Falles der Verdacht eines ehebrecherischen Ver-

1) In diesem Sinne scheinen manche Entscheidungen die Wendung aufzufassen. Vergl. beispielsweise RG. (4 Z.S.) 2. Mai 1895 (JW. 95 S. 325 Nr. 10 = Bolze 20 Nr. 796 = Gruchot 39 S. 1130); LG. Ulm 11. Mai 1904 (JW. 04 S. 606 f.). In einem nicht recht verständlichen Zusammenhange werden die „Anhaltspunkte“ auch verwertet von OLG. Dresden 24. Februar 1891 (im Sächsischen Archiv 2, S. 186 f.).



kehrs durch schlüssige Umstände nahegelegt wird. So gelangen wir zu dem Ergebnis: die Wahrscheinlichkeit des Eidesthemas hat mit dessen Bestimmtheit nichts zu tun.

Anhang.

§ 7.

Der Summeneid, der Alternativeid, der hypothetische Eid.

Im Anhang seien noch drei Fälle kurz berührt, die man geneigt sein könnte, unter dem Gesichtspunkt einer bestimmten Bezeichnung der Eidestatsache zu behandeln, die aber größtenteils in einen anderen Zusammenhang gehören, im übrigen keinen anderen als den bisher behandelten Grundsätzen unterliegen.

I. In erster Linie gehört hierher der Fall des Summeneides.[1]

Häufig vermag die Partei den genaueren Betrag der in Frage stehenden Geldsumme nicht ziffernmäßig anzugeben. Sondern sie kann entweder bloß den Höchstbetrag oder den Mindestbetrag dieser Summe oder endlich die beiden Zahlen bezeichnen, zwischen denen sie sich bewegt. Würde sie hier gezwungen, eine bestimmte Ziffer in die Eidesformel aufzunehmen, so wäre der Fall sehr leicht denkbar, daß der Gegner diese Ziffer ableugnen könnte, während er eine andere — der genannten vielleicht recht nahe kommende — Summe abzuschwören nicht in der Lage wäre. Hier muß es der Partei unter Umständen gestattet sein, dem Gegner den Eid über jede Summe von einem bestimmten Betrag aufwärts oder von einem bestimmten Betrag abwärts oder zwischen zwei festen Grenzbeträgen zuzumuten. Die Formel lautet dann auf x M. oder mehr, auf y M. oder weniger, auf eine Summe von höchstens x und mindestens y M.

Der Gegner steht dann — vom Falle der Zurückschiebung abgesehen — vor den folgenden Möglichkeiten. Er kann den Eid leisten und damit nicht nur eine einzige Ziffer, sondern jede Summe bis zu dem angegebenen Höchst- oder Mindestbetrag oder zwischen beiden Grenzen eidlich ableugnen. Oder er verweigert den Eid: dann ist zu Gunsten des Zuschiebenden ein bestimmter Mindest- oder Höchstbetrag oder beides — in positivem oder negativem

---

1) Vergl. hierzu Rönnberg, Eidesabnahme, Eidesnorm und Eidesbeweis in der Zeitschrift für Zivilprozeß Bd. 28 S. 79 ff.

Sinne — festgestellt. Oder aber — und diese dritte Möglichkeit wird sehr häufig Platz greifen — der Delat sieht sich genötigt, einen bestimmten Betrag zuzugestehen (— der damit zu Gunsten des Zuschiebenden feststeht —) und nur die darüber oder darunter liegenden Summen abzuschwören. Wir haben es dann mit dem — durch § 469 ZPO ausdrücklich vorgesehenen — Falle zu tun, daß sich der Schwurpflichtige, unter teilweiser Einräumung der gegnerischen Behauptungen, zur Leistung eines beschränkteren Eides erbietet.

Der Summeneid bietet nun, was die Bestimmtheit betrifft, durchaus keine Besonderheiten. Ob hinreichend bestimmt sei die Angabe des Höchst- oder Mindestmaßes oder beider Grenzpunkte, richtet sich nach dem den Gegenstand des Prozesses bildenden Rechtsverhältnis und nach dem zu Grunde liegenden Tatbestand. Diese sind maßgebend dafür, ob eine solche Angabe für den Rechtsstreit Erheblichkeit besitzt und ob sie ausreicht, damit der Behauptungslast des Zuschiebenden Genüge geschehen sei. Kann man nach Lage des Falles dem Zuschiebenden die Benennung einer festen Ziffer zumuten, so ist die Beifügung eines „ungefähr", eines „mindestens", eines „höchstens", eines „oder wie viel weniger", eines „oder wieviel mehr" oder ähnlicher Einschränkungen unzulässig. Eine mit solchen Zusätzen versehene Summenangabe genügt nicht der Behauptungslast des Zuschiebenden, kann also auch nicht als „bestimmte Bezeichnung der Tatsache" angesehen werden. Vielmehr kommt sie häufig auf den Versuch hinaus, die mangelnde Tatsachenkenntnis des Deferenten zu verdecken und zum Zwecke der Erforschung des Gegners einen Druck auf denselben auszuüben. Solcher Versuch ist aber schon nach den allgemeinen, oben dargelegten Grundsätzen unzulässig. Hier umsomehr, als er dem Zuschiebenden ermöglicht, auf dem Umweg über den Prozeß dem Gegner einen Offenbarungseid in Fällen abzunehmen, in welchen ein solcher nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechtes nicht verlangt werden kann. Hier muß dem behauptungs- und beweispflichtigen Prozeßteil zugemutet werden, das zur Erfüllung seiner Behauptungslast erforderliche Material sich selbst — u. z. ohne Mitwirkung des Gegners — zu verschaffen.

Andererseits gibt es Fälle, in denen die Belassung eines gewissen Spielraumes nötig und zulässig ist. Wenn namentlich der Zuschiebende damit einverstanden ist, daß ihm nicht weniger als ein bestimmter Betrag zugute kommt oder nicht mehr als eine

gewisse Summe zu Lasten gesetzt wird, so ist es eben nur erheblich, daß dieser Mindest- oder Höchstbetrag festgesetzt wird; seine Benennung stellt mithin eine genügend bestimmte Behauptung dar. Andrerseits wird auch dem Gegner durch die Benennung einer Grenzsumme nichts Unbilliges zugemutet, da er gegebenen Falles in der Lage ist, auch noch über bezw. unter die vom Zuschiebenden genannten Grenzbeträge hinauszugehen, wenn er bereit ist — unter Leistung eines beschränkteren Eides — die Summe, die er nicht abschwören kann, zu Gunsten des Zuschiebenden einzuräumen. Die näheren Einzelheiten des letzteren Falles gehören in die Darstellung des § 461 ZPO, nicht in den Zusammenhang der Lehre von der Eidesbestimmtheit.

Im übrigen gilt nach dem Gesagten für den Summeneid nichts, was nicht unter Berücksichtigung der Eigenart des Einzelfalles aus allgemeinen Grundsätzen, namentlich aus den früher dargelegten Gesichtspunkten sich ableiten ließe.

II. Des weiteren verdient Erwähnung der alternativ gefaßte Eid. Seine Zuverlässigkeit läßt sich nicht schlechthin behaupten oder schlechthin verneinen. Auch sie hängt vielmehr von der Eigenart des im Prozeß befangenen Rechtsverhältnisses und von der Gestaltung seiner tatsächlichen Grundlagen ab. Auch sie kann also nur im Einzelfalle beantwortet werden, dann aber unter bloßer Anwendung der allgemeinen Grundsätze, und ohne daß hierfür besondere Grundsätze herangezogen werden müßten.

Hier mag nur bemerkt werden, daß keineswegs alle Eidesthemen, in denen ein „oder" vorkommt, allein schon um deswillen zu den alternativen im wahren Sinne des Wortes gehören. Vielmehr lassen sich mehrere Fälle unterscheiden, die logisch voneinander scharf zu sondern sind.

1. Zunächst kann es sich um einem Tatbestand handeln, der seiner Natur nach notwendig eine Alternative in sich schließt. Ist ein in diesem Sinne notwendig alternativer Tatbestand Gegenstand des Eides, so kann er entweder nur bejaht (u. z. dann als ein alternativer) oder überhaupt in seiner Gesamtheit verneint werden. Objekt der eidlichen Bejahung oder Verneinung ist nicht die einzelne Alternative, sondern der Gesamtvorgang, der entweder überhaupt nicht verwirklicht ist, oder aber als alternativer. In solchen Fällen kann von einem Alternativeid überhaupt nicht gesprochen werden.

Ein Beispiel: Jemand klagt auf Lieferung einer angeblich gekauften Sache x. Der Beklagte erklärt, nicht diese, sondern eine andere Sache, y, sei verkauft, während der Kläger entgegnet, es sei nach seiner Wahl x oder y veräußert. Schiebt Kläger dem Beklagten den Eid zu, ob es nicht wahr sei, daß „nach Wahl des Klägers entweder die Sache x oder y zu liefern sei“, so handelt es sich — trotz des „oder“ — gar nicht um einen Alternativeid. Es bilden nicht zwei Fälle als einzeln gedachte den Gegenstand des Eides. Es wird nicht ein Kauf über die Sache x und ein solcher über die Sache y bejaht oder verneint, sondern nur der eine Kaufvertrag (über die Sache x oder y) in seiner Totalität beschworen oder abgeschworen. Vom Zuschiebenden sind nicht zwei einander ausschließende Tatsachen behauptet, von denen die eine oder die andere zutreffen soll. Sondern es ist der eine Tatbestand des mit einer bestimmten Modalität abgeschlossenen Kaufvertrages geltend gemacht, der in seiner Gesamtheit bejaht oder verneint werden soll. Der Fall liegt nicht anders, als wenn über irgend eine sonstige bestrittene Modalität des Kaufvertrages (z. B. über seine zeitlichen oder örtlichen Beziehungen, seine Bedingtheit usw.) der Eid zugeschoben würde. Das Besondere an unserem Beispiel ist nur dies: daß die streitige Modalität des (einheitlichen) Kaufvertrages eben die alternative Bestimmung des Kaufobjektes sein soll.

Ähnlich liegt der Fall, wenn Kläger behauptet, es sei ihm das Recht eingeräumt worden, bestimmte Wertpapiere zu dem Kurs vom 1. April 1908 entweder vom Beklagten zu kaufen oder demselben zu verkaufen. Leugnet der Beklagte diese Abmachung, so ist der ihm zugeschobene Eid hierüber ebenfalls — aus den dargelegten Gründen — kein alternativer im eigentlichen Sinne.

2. Wohl aber kann man von einem alternativen Tatbestand im technischen Sinne sprechen, wenn die Partei zur Begründung ihres Angriffs (bezw. ihrer Verteidigung) geltend macht, es habe sich entweder der Tatbestand a oder der Tatbestand b ereignet (von denen einer in Wahrheit vorgelegen haben müsse) oder wenn sie behauptet, der eine Tatbestand, auf den sie sich stützt, habe sich entweder mit der Modalität x oder mit der Modalität y verwirklicht. Kann über eine so gestaltete Behauptung der Eid zugeschoben werden?

Die Antwort hierauf ist gar nicht aus dem Eidesrechte selbst zu entnehmen. Sondern die eigentliche Frage ist die, ob schon

die Aufstellung, über welche der Eid zngeschoben wird, als solche im Sinne der Behauptungslast bestimmt genug ist. Es gibt nun zweifellos Fälle, in denen ein Vorgang sich auf die eine oder andere von zwei Arten zugetragen hat, von denen jede geeignet ist, die geltend gemachte Rechtsfolge zu begründen, während die Partei nicht mit Gewißheit ermitteln und behaupten kann, welche der beiden Modalitäten tatsächlich verwirklicht worden ist. Wenn hier die Partei sich auf den so oder so gestalteten Vorgang beruft, so ist ihre Behauptung bestimmt genug. Und es kann daher über sie auch der Eid zugeschoben werden.

Hierbei ist freilich zu beachten, daß sich die eidliche Ableugnung auf beide Alternativen gesondert bezieht, daß also sowohl der eine wie auch der andere Tatbestand bezw. sowohl die eine wie auch die andere Modalität des einen Tatbestandes abgeschworen wird. Aus diesem Gesichtspunkt ergeben sich mehrere beachtenswerte Folgerungen.

Zunächst was die Fassung des Eides betrifft. Derselbe kann so formuliert werden, daß die beiden Alternativen in demselben Satze, mit „oder" verbunden, abzuschwören sind. Er kann aber auch so gefaßt sein, daß zunächst die eine Alternative für sich, und dann die andere gesondert unter dem Eide verneint wird („Es ist nicht wahr, daß . . . .; es ist auch nicht wahr, daß . . . .".) Welche von beiden Formulierungen vorzuziehen sei, ist Sache des Einzelfalles. Die erstere hat den Vorzug der größeren Klarheit. Die andere ist übersichtlicher und namentlich für die Fälle geeignet, in denen der Gegner wahrscheinlicherweise die eine der beiden Alternativen abzuschwören nicht in der Lage sein wird.

Erheblicher ist eine weitere Konsequenz davon, daß die beiden Alternativen Objekt des Eides sind. Der Eid darf nämlich in alternativer Form nur dann zugeschoben und auferlegt werden, wenn die beiden in ihm vorgesehenen Möglichkeiten rechtlich gleichwertig sind. Ist dies nicht der Fall, ist es also für die Entscheidung nicht gleichgültig, ob der Tatbestand a oder b vorliegt bezw. ob sich der behauptete Tatbestand mit der Modalität x oder y ereignet hat, so ist auch der auf die Alternative gerichtete Eid unzulässig.

Zwei Beispiele aus der Praxis mögen dies erläutern. In dem einen war behauptet und unter Eid gestellt worden, daß die dem Prozeß zugrunde liegenden Verhandlungen „entweder von dem

Kläger selbst oder von seinem früheren Mitgesellschafter oder von dem Kassierer Winkler mit dem Beklagten gepflogen worden seien.“ Dies erschien zulässig, wenn nur die rechtliche Wirkung dieser einzelnen möglichen Gestaltungen (nämlich Bindung für den Prinzipal) die gleiche ist. Der Partei hier die Nötigung auferlegen, nur eine der Alternativen zur Grundlage ihrer Prozeßführung zu machen, hieße ihr das unter Umständen noch allein mögliche Feststellungsmittel des Eides ohne Rechtfertigung entziehen. [1]) Wäre dagegen die Abmachung mit einem anderen als dem Geschäftsherrn derjenigen mit dem letzteren nicht gleichartig (etwa wegen Ausschlusses der Vertretung im besonderen Falle), so wäre der Eid über den Geschäftsabschluß mit dem einen oder anderen unzulässig, weil eben die eine Alternative — nämlich Kontrahieren mit dem Vertreter — für die Entscheidung nicht erheblich ist. — In einem anderen Falle behauptet der Schuldner, die eingeklagten Wechsel seien honoriert, „sei es durch Barzahlung, sei es durch Hingabe neuer Wechsel, u. z. jedesmal bei der Fälligkeit der einzelnen Wechsel.“ Die Zeitangabe ist hinreichend präzis. Aber auch die aufgestellte Alternative läßt den Eid nicht als unbestimmt erscheinen, wenn nach den Umständen die Wirkung beider Tatbestände die gleiche (nämlich Befreiung von der Wechselschuld) ist, was auch im Einzelfall für die Ausstellung neuer Wechsel in novatorischer Absicht angenommen werden darf. Deshalb durfte der Eid auferlegt werden. [2]) Wenn dagegen im beson-

1) Richtig ROHG. (3. Senat) 7. September 1876 (Entscheidungen Bd. 21 S. 31): „Kann der Schwurpflichtige ermitteln, daß die Verhandlungen sicherlich mit einer von wenigen Personen stattgefunden haben, so „betrifft die allein noch übrig bleibende Schwierigkeit darüber, welche dieser Personen dabei tätig gewesen ist, nur eine rechtlich bedeutungslose Einzelheit, sofern nur nach den obwaltenden Umständen kein Zweifel darüber aufkommen kann, daß das Geschäft, gleichviel von welcher der in Betracht kommenden Personen es abgeschlossen worden, in jedem Falle dem Gegenkontrahenten gegenüber nur als ein solches des Prinzipals zu gelten hat“.

2) Dies ist denn auch geschehen durch Urteil des OLG. Dresden vom 24. Februar 1891 (Sächsisches Archiv Bd. 2 S. 186f.), und zwar so, daß jede Alternative getrennt zum Eide verstellt wurde. Die Entscheidungsgründe bemerken sehr zutreffend: „In den Fällen, in denen der Beweisführer über den eigentlichen Hergang der Sache nicht unterrichtet sein kann, nach der besonderen Lage des Falles aber die Möglichkeit nahe gelegt ist, daß sich der Hergang entweder in dieser oder in jener Weise zugetragen habe, so muß es dem Beweisführer unbenommen bleiben, jede dieser Möglichkeiten zum Beweise zu verstellen, dafern man ihn nicht durch Ausschließung der Eideszuschiebung in dieser Form des für

deren Falle die Ausstellung neuer Wechsel bezüglich der früheren keine befreiende Kraft hätte, so wäre der Eid über die eine oder andere Art der „Zahlung“ unzulässig.

Übrigens ist in diesem Zusammenhang Eines zu beachten. Wenn es für die Entscheidung unwesentlich ist, ob sich der streitige Vorgang in der einen oder anderen Weise abgespielt hat, so wird vielfach die Modalität selbst unerheblich sein, sodaß sich ihre ausdrückliche Anführung im Eide ganz erübrigen kann. Erscheint aber ihre Aufnahme der größeren Deutlichkeit halber gewünscht, so macht sie jedenfalls den Eid nicht zu einem unbestimmten.

Der Gesichtspunkt, daß der Eid die beiden Alternativen gesondert ergreift, erklärt noch ein weiteres. Wenn auch nur eine der beiden den allgemeinen Erfordernissen, die das Prozeßrecht aufstellt, nicht genügt, so ist der Eid über sie nicht statthaft und somit die Eideszuschiebung im ganzen zu verwerfen. Mithin muß nicht nur jede der beiden Alternativen, wie schon vorhin dargelegt, für sich betrachtet erheblich sein. Sondern jede der beiden muß auch klar und deutlich gefaßt sein (oben § 2 III). Jede muß ferner eine Tatsache (im vulgären Gegensatz zum Urteil) betreffen (oben § 2 I).[1]) Und jede muß im Sinne des Eidesrechtes hinreichend charakterisiert sein (oben §§ 3—6): ist also eine von ihnen zu allgemein gehalten, so ist damit die ganze Tatsache nicht gemäß § 451 ZPO. „bestimmt bezeichnet“.[2]) So kann man allgemein den Satz aufstellen: der Alternativeid ist unzulässig, wenn die Eideszuschiebung auch nur über eine der Möglichkeiten unstatthaft wäre.

---

solche Fälle unter Umständen alleinigen Beweismittels berauben will.“ Vergl. Petersen 4. Aufl. zu § 445 Nr. 8. Die dort angeführte Entscheidung aus S.A. 42, 142 (die übrigens nicht eine solche des Obersten Landesgerichtes für Bayern vom 5. 6. 86, sondern eine solche des Reichsgerichtes vom 28. Februar 1886 ist), hat mit der Frage des Alternativeides nichts zu tun.

1) Daher z. B. unzulässig die Eideszuschiebung des Beklagten, Kläger habe ihm die Schuld erlassen oder gestundet. Ist nämlich bestritten, ob gewisse Verhandlungen, die unter den Parteien stattgefunden haben, in dem einen oder anderen Sinne aufzufassen seien, so stellt die Aussage über den Erlaß bezw. die Stundung ein rechtliches Urteil dar, welches nicht Sache der Partei, sondern des Richters ist. Keine der Alternativen betrifft also eine „Tatsache“ im Sinne des Eidesrechts.

2) Daher unzulässig die Zuschiebung des Eides, ob nicht der auf Scheidung klagende Ehemann seinerseits während der Ehe mit der X „oder mit anderen Frauenspersonen“ geschlechtlichen Umgang gehabt habe. Hier ist die mit „oder“ eingeleitete Alternative so geartet, daß sie nach unseren früheren Ausführungen (§ 5 I) schon für sich allein kein geeignetes Thema des Eides abgeben kann.

Dagegen gilt nicht auch umgekehrt das (positive) Prinzip, daß der Eid immer in alternativer Formulierung zugeschoben werden kann, wenn er über jede Alternative einzeln deferiert werden dürfte. Vielmehr sind Fälle denkbar, in denen jede der beiden Möglichkeiten — für sich allein genommen — hinreichend bestimmt wäre, in denen aber gerade ihre alternative Vereinigung das Eidesthema zu einem unbestimmten macht. Hier wird der Eid gerade erst infolge seiner alternativen Fassung zu einem gemäß § 451 ZPO. unzulässigen.

3. Schließlich kann es sein, daß die beiden mit „oder" verbundenen Tatsachen nicht alternativ, sondern kumulativ behauptet werden. Der Zuschiebende macht nicht geltend, daß die eine oder die andere sich ereignet habe, sondern daß beide verwirklicht sind. Hier handelt es sich in Wahrheit um zwei Eide, die voneinander in ihrer Zulässigkeit vollkommen unabhängig sind.[1]) Ihr wechselseitiges Verhältnis kann sich wiederum verschieden gestalten.

Entweder sind sie so geartet, daß sie nur in ihrer Vereinigung den erheblichen Tatbestand ausmachen, daß also die Abschwörung auch nur einer einzigen von ihnen die Sachfälligkeit des Zuschiebenden bewirkt. Hier ist nur einer der beiden Eide erheblich. Wird er geleistet, so bedarf es des anderen nicht mehr, um den Prozeßverlust des Zuschiebenden herbeizuführen. So z. B., wenn im Einzelfalle die Gültigkeit des der Klage zugrunde liegenden Geschäftes von der Zustimmung zweier weiterer Personen, des A und des B, abhängt und der Delat beschwören kann, daß einer der beiden seine Zustimmung nicht gegeben hat. Hier sind die beiden verbundenen Tatsachen in der Negativen korrekter Weise nicht (wie dies in der Praxis zuweilen irrtümlich geschieht) mit „oder", sondern mit „und" zu verbinden: „es ist nicht wahr, daß A und B ihre Zustimmung erteilt haben." Es liegt auf der Hand, daß der Delat diesen Eid schon leisten

1) Deshalb ist bezüglich jeder der kumulierten Tatsachen zu untersuchen, ob sie erheblich ist; bezüglich jeder, ob sie eine wahre Tatsache (im Gegensatz zum Urteil) und zwar eine ausreichend bestimmt bezeichnete Tatsache ist; bezüglich jeder, ob sie zur Beweislast der zuschiebenden Partei steht. Der Umstand ferner, daß jede einzelne Tatsache für sich allein das Objekt des Eides bildet, ist endlich auch von Bedeutung für die Fassung des Eides: derselbe kann, wie im Text noch darzulegen ist, in zwei selbständige Sätze zerlegt werden.

kann, wenn auch nur einer der beiden Genannten seine Genehmigung versagt hat.

Die verbundenen Tatsachen können aber auch in dem Verhältnis stehen, daß jede von ihnen für sich allein, also in ihrer Isolierung zur Sachfälligkeit des Gegners ausreichen würde. Wenn beispielsweise der Beklagte geltend gemacht, die eingeklagte Schuld sei gezahlt, übrigens sei auch ihr nicht Bestehen durch den Kläger anerkannt worden, so ist es klar, daß es sich hier um zwei von einander völlig unabhängige Tatbestände handelt, von denen jeder für sich allein zur Abweisung der Klage führen muß. Schiebt also der Beklagte über seine Behauptungen den Eid zu, so muß der Kläger, wenn er obsiegen will, beide Tatsachen abschwören. Kann er nur die eine eidlich ableugnen, während er bezüglich der anderen den Eid verweigen muß, so wird seine Klage abgewiesen. Werden mithin die beiden Tatbestände in einer Eidesformel vereinigt, so sind sie mit „oder" zu verbinden (es ist nicht wahr, daß ich Zahlung erhalten oder das Nichtbestehen meiner Forderung anerkannt habe"). Sie können auch, wenn die Formel mit den Worten „es ist wahr" beginnt, mit „weder — noch" eingeleitet werden. Schließlich können auch zwei mit „auch" verbundene, selbständige Sätze gebildet werden („es ist nicht wahr, daß ich Zahlung empfangen; es ist auch nicht wahr, daß ich das Nichtbestehen" usw. . . .). Für den letzteren Fall hat das bedingte Endurteil in seiner negativen Alternative zu lauten: „Leistet der Kläger diese (beiden) Eide nicht, so wird er kostenfällig abgewiesen werden.[1])

III. Endlich ist hier noch zu erwähnen der hypothetische Eid, genauer, der Eid über eine hypothetische Tatsache.

Nicht selten ist für den Eintritt oder die Gestaltung einer Rechtsfolge die Sachlage von Bedeutung, die unter gewissen Voraussetzungen eingetreten wäre. Namentlich kommt es vielfach darauf an, wie sich eine Person unter bestimmten Umständen voraussichtlich verhalten haben würde. Soll z. B. ein Geschäft unter

1) Vergl. über das Verhältnis des alternativen und des kumulativen Eides zu einander, sowie über deren Fassung in der Negativen die Schrift: Über Proberelationen, eine Mitteilung aus der Justizprüfungskommission, 4. Aufl. Berlin 1902 S. 41 f. Die dort gemachten Ausführungen sind übrigens, weil an einen Einzelfall anknüpfend, keineswegs erschöpfend. Insbesondere sind die beiden im Text sub 3 unterschiedenen Möglichkeiten, wie sich die kumulierten Tatsachen zu einander verhalten können, nicht auseinandergehalten, obgleich sie für die Fassung des Eides (und — oder) von der größten Bedeutung sind.



Lebenden wegen Irrtums angefochten werden, so ist verlangt, daß die Partei bei Kenntnis der Sachlage und verständiger Würdigung des Falles nicht kontrahiert haben würde. Entsprechendes gilt bei Anfechtung eines Geschäfts unter Lebenden wegen arglistiger Täuschung oder widerrechtlicher Drohung. Auch bei Anfechtung einer Verfügung von Todeswegen ist es bedeutsam, wie sich der Erblasser ohne den von ihm gehegten Irrtum, ohne die gegen ihn begangene Täuschung oder Drohung verhalten haben würde. Wird ferner das negative Interesse eingeklagt, so kann es darauf ankommen, ob die Partei ohne ihr Vertrauen auf die Gültigkeit des abgeschlossenen Geschäfts ein anderes abgeschlossen hätte, und bejahenden Falles unter welchen Bedingungen. Auch für die Berechnung des positiven Interesses, namentlich wenn sich dieses nach dem entgangenen Gewinn richtet, kann die Frage von Erheblichkeit werden, ob und welche Geschäfte vermutlich Platz gegriffen hätten. Weiterhin kann die Gültigkeit des Beschlusses einer Mitglieder-, General- oder Gewerkenversammlung davon abhängig sein, wie ein Mitglied unter gewissen Voraussetzungen abgestimmt haben würde. Wenn ferner der Geschäftsführer Ansprüche aus dem Mandat oder aus unbeauftragter Geschäftsführung geltend macht, so richtet sich die Begründetheit und der Umfang seiner Rechte vielfach danach, wie der Geschäftsherr sich in dem einen oder anderen Falle verhalten haben würde (man denke an den im BGB. § 677 betonten „mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn"). Ist ein Teil eines Rechtsgeschäftes nichtig oder angefochten, so ist für den Fortbestand oder den Zerfall des anderen Teiles der Gesichtspunkt bedeutsam, ob der letzere auch ohne das unwirksame Stück gewillt sein würde oder nicht (§ 139 BGB). — Wenn endlich ein Rechtsakt den Erfordernissen des gewollten Geschäftes nicht entspricht, wohl aber denen eines anderen, so ist der Eintritt dieses anderen davon abhängig, ob er dem Willen der Partei entsprochen haben würde (§ 140 BGB.) — Die Fälle ließen sich beliebig vermehren.

Überall erhebt sich die Frage, ob die Partei zur Feststellung solcher hypothetischer Tatsachen sich des Mittels der Eideszuschiebung bedienen kann. Die Antwort bestimmt sich lediglich nach den allgemeinen Grundsätzen der Eideslehre. Das bedeutet: die Frage ist zu bejahen, sofern im Einzelfalle die gewöhnlichen Erfordernisse der Zulässigkeit der Eideszuschiebung erfüllt sind. Der zum Eide verstellte Tatbestand muß also erheblich sein. Er

muß zur Beweislast des Zuschiebenden stehen. Er darf nicht schon anderweit festgestellt oder widerlegt sein. In allen diesen Beziehungen bietet sich kein Anlaß zu besonderen Bemerkungen. Dagegen erheben sich gewichtige Zweifel bezüglich der beiden im § 445 ZPO. betonten Punkte: einmal, ob und inwieweit in den genannten Fällen von einer Tatsache gesprochen werden kann, und sodann, ob und inwiefern diese Tatsache in einer Handlung oder Wahrnehmung der schwurpflichtigen Partei besteht.

1. Kann ein Tatbestand, der sich nicht ereignet hat, der sich aber unter gewissen Voraussetzungen verwirklicht hätte, als eine Tatsache im Sinne des Eidesrechtes angesehen werden?

a) Man könnte dies zunächst aus dem Grunde verneinen wollen, weil etwas, was ja nach der eigenen Behauptung des Zuschiebenden nicht geschehen ist, nicht als etwas Tatsächliches bezeichnet werden kann.[1]) Dieses Bedenken wäre indessen unbegründet. Zum Wesen der Tatsache im Sinn des Eidesrechtes, wie überhaupt im Sinne des Prozeßrechtes, gehört nicht das Merkmal der — auch nur behaupteten — historischen Wirklichkeit. Tatsache ist nicht bloß, was (nach der Behauptung der Partei) wirklich geschehen sein soll. Dies beweist schon der Umstand, daß die Partei sich vielfach zur Begründung ihres Antrages auf einen sog. negativen Tatbestand, also darauf stützen muß, es sei etwas nicht geschehen oder nicht vorhanden. Gerade die letzte Möglichkeit führt uns auf die richtige Auffassung.

Tatsache im Sinne des Prozeßrechtes ist alles, was nach dem Gesetze behauptet werden kann und muß, um eine bestimmte Rechtsfolge daraus abzuleiten. Das wird in der Regel natürlich ein angebliches Geschehen sein. Es kann aber ebensogut ein Nichtgeschehen sein. Es kann endlich ebensogut eine Tatsache sein, die (zwar nicht eingetreten ist, aber) unter gewissen Voraussetzungen sich ereignet — oder nicht ereignet — haben würde: also eben eine hypothetische Tatsache. Daß die Partei den Vertrag, über dessen Inhalt sie sich geirrt hat, bei Kenntnis der

1) Dies scheint fast der Gedanke zu sein in der Entscheidung RG. (7 Z.S.) 22. Februar 1906 (Entscheidungen Bd. 62 Nr. 100 S. 415 = JW. 06 S. 232 Nr. 16), wenn dort ausgeführt wird, daß eine Entscheidung, welche die Partei eventuell getroffen haben würde, darum noch keine wirkliche Handlung sei. Allein Eidesthema können nicht nur wirkliche Geschehnisse, insbesondere wirkliche Handlungen, sondern auch vorgestellte Ereignisse und Handlungen sein, sofern sie nur rechtliche Erheblichkeit besitzen, was nach den Ausführungen im Texte sehr wohl möglich ist.



wahren Sachlage nicht abgeschlossen haben würde, ist Voraussetzung des Anfechtungsrechtes, in diesem Sinne also eine Tatsache ebensogut wie der Umstand, daß sie infolge der Täuschung kontrahiert hat. Ob das Vertragsstück, das in Wahrheit nicht allein, sondern nur in Verbindung mit einem nichtigen oder angefochtenen Teil eingegangen wurde, auch für sich allein gewollt worden wäre oder nicht, ist zweifellos eine Tatsache, wenn auch bei ihr offensichtlich von einem Geschehensein, von einer historischen Wirklichkeit nicht die Rede sein kann.

b) Nun ist allerdings — woraus man im weiteren Bedenken ableiten könnte, — der geistige Vorgang, wenn die Partei eine hypothetische Tatsache aufstellt (und eidlich bekräftigt), ein etwas anderer, als wenn sie ein angebliches (wirkliches) Geschehen behauptet. Im letzteren Fall berichtet sie nur, was Gegenstand ihrer (meist sinnlichen) Wahrnehmung gewesen ist. Es genügt für die Möglichkeit ihrer Behauptung (abgesehen von dem Akte der ursprünglichen sinnlichen Wahrnehmung, und von dem schließlichen Akt ihres sprachlichen Ausdrucks), der Vorgang der Reproduktion im Gedächtnis. Es sind also verhältnismäßig einfache geistige Funktionen zu vollziehen. Ganz anders bei der hypothetischen Tatsache. Hier muß die Partei nicht nur die Vorgänge, wie sie sich wirklich ereignet haben, wahrnehmen und im Gedächtnis festhalten, sondern sie muß sich außerdem vorstellen, was unter anderen Umständen geschehen wäre. Hierin liegt wiederum, daß sie sich jene anderen Umstände vorstellen und daß sie namentlich aus ihnen Schlüsse auf die voraussichtliche Gestaltung der Ereignisse ziehen muß, was möglicherweise die Vergegenwärtigung und Würdigung zahlreicher Indizien erfordert. Handelt es sich beispielsweise um die Anfechtung wegen Irrtums, so muß die Partei nicht nur den Vertrag, wie er wirklich abgeschlossen worden ist, im Auge behalten. Sie muß sich vielmehr auch den Fall denken, daß der Irrtum nicht obgewaltet hätte, und dann die Frage beantworten, ob sie unter Berücksichtigung der zur Vertragszeit vorliegenden Umstände (die sie also wahrgenommen haben und die sie jetzt im Gedächtnis reproduzieren muß) das Rechtsgeschäft unterlassen hätte.

Mit anderen Worten: *Die Aussage über eine hypothetische Tatsache setzt immer einen Schluß* (oder eine *Anzahl von Schlüssen*) *voraus.* Wir haben hier einen typischen Fall des Tatsachenurteils im vulgären Gegensatze zur

(reinen, einfachen, schlichten) Tatsache. Und die Frage nach der Zulässigkeit der Eideszuschiebung über eine hypothetische Tatsache führt auf das Problem zurück, ob und inwiefern Gegenstand des Eides ein tatsächliches Urteil sein darf. Dieses Problem soll an anderer Stelle untersucht werden. Hier sei nur das Ergebnis verwertet. Ein tatsächliches Urteil (für das rechtliche gilt übrigens nichts anderes) darf zum Gegenstande des Eides gemacht werden, wenn es nach der Überzeugung des Richters so einfacher Natur ist, daß der Partei eine Äußerung hierüber unter eidlicher Verantwortung zugemutet werden darf. Wenden wir dieses Prinzip auf die hypothetischen Eide an, so läßt sich ihre Zulässigkeit weder schlechthin bejahen noch schlechthin verneinen. Es kommt alles auf die Umstände an.

Sicherlich sind nun Fälle denkbar, in denen eine Eideszuschiebuung der angegebenen Art keinem Bedenken unterliegt. Möglicherweise sind die Verhältnisse sehr einfach gestaltet. Die Sachlage, wie sie wirklich bestand, und diejenige, wie sie supponiert wird, können sehr leicht feststellbar und vergleichbar sein. Es kann auch der Schluß von den vorgestellten Prämissen (z. B. Nichtvorliegen eines Irrtums der kontrahierenden Partei) auf die vermutliche Folge (Nichtabschluß des Geschäftes) gegebenen Falles ohne Schwierigkeit zu vollziehen sein. Vielleicht sind dabei nur solche Erfahrungssätze (technischer, wirtschaftlicher, namentlich psychologischer Art) anzuwenden, die Jedermann verständlich oder die doch der schwurpflichtigen Partei ohne weiteres geläufig sind. Namentlich wird der Umstand bedeutsam sein, ob die Vorgänge, um die es sich handelt, zeitlich naheliegen und ob inzwischen die Verhältnisse wesentlich gleich geblieben sind. Ist dies nämlich der Fall, so kann die Partei auf Grund der Überlegung, wie sie unter der betreffenden Voraussetzung im gegenwärtigen Augenblicke wohl handeln würde, ohne Schwierigkeit eine sichere Meinung darüber gewinnen, wie sie früher unter der gleichen Voraussetzung sich voraussichtlich verhalten haben würde [1]) Schließlich wird es

1) Natürlich ist Gegenstand des Eides nicht die Frage, wie die Partei gegenwärtig handeln würde, sondern wie sie im maßgebenden früheren Zeitpunkte sich verhalten hätte. Daß der Eid über die letztere Frage nicht denkbar wäre, ist unrichtig. Daher ist das Urteil RG. (7 ZS.) 22. Februar 1906 (RG. 62 Nr. 100 S. 415 = JW. 06 S. 232 Nr. 16) — mag es auch im Ergebnis vielleicht den Fall richtig entscheiden — jedenfalls in seinen prinzipiellen Ausführungen für sehr bedenklich zu erachten. Danach soll es nur zulässig sein, aus der gegenwärtigen Aussage der Partei für ihr vermutliches Verhalten in einem

auch darauf ankommen müssen, ob die supponierte Sachlage (d. h. diejenige, von welcher aus geschlossen werden soll) von der Sachlage, wie sie wirklich gegeben war, stark verschieden gewesen wäre. Trifft dies zu, so wird man der Partei umso eher den Schluß zutrauen dürfen, daß sie sich unter Voraussetzung der supponierten Sachlage anders verhalten hätte, als wirklich geschehen.

Man wird hypothetische Eide schon aus dem Grunde nicht schlechthin verwerfen dürfen, weil auch im Normalfall der schwurpflichtigen Partei Urteile nicht erspart bleiben. Es ist nämlich bei näherem Zusehen einleuchtend — und in der Literatur auch schon häufig betont worden, — daß sogar die scheinbar einfachste Aussage, nämlich die über die unmittelbare sinnliche Wahrnehmung ein Urteil in sich schließen kann; man denke an Begriffe, wie hell, dunkel, laufen, schreien, schnell, betrunken, Abend; man denke ferner an die Angaben über Farben, Töne, Gerüche, zeitliche oder räumliche Beziehungen. Erst recht gilt dies, wenn der Tatbestand

---

bestimmten Zeitpunkt unter bestimmten Voraussetzungen Anhaltspunkte zu entnehmen und den Eid auf die gegenwärtige Willensrichtung als auf ein Indiz zu richten. Das kann nicht zugegeben werden. Zwar darf natürlich vielfach aus der jetzigen Gestaltung auf die frühere geschlossen werden. Aber es ist nicht zu ersehen, warum es unstatthaft sein soll, der schwurpflichtigen Partei diesen Schluß zu überlassen und aufzuerlegen. Wenn schon der Richter — wovon die angeführte Entscheidung ausgeht — sich zutrauen darf, das vermutliche Tun oder Unterlassen der Partei in einer bestimmten Situation zu erschließen, so wird doch die Partei, um deren eigenes Verhalten es sich handelt, zu einer derartigen Schlußfolgerung erst recht in der Lage sein. Und es wird ihr nichts Unbilliges zugemutet, wenn man von ihr die eidliche Erhärtung dieser Schlußfolgerung verlangt. — Allerdings ist ein Gesichtspunkt nicht aus dem Auge zu verlieren, der auch wohl unausgesprochen den Bedenken des Reichsgerichtes zu Grunde liegt. Die Partei wird nur allzuleicht geneigt sein, die Sinnesrichtung, die gegenwärtig zur Zeit des Prozesses bei ihr obwaltet, auch auf den für den streitigen Tatbestand maßgebenden Zeitpunkt ohne weiteres und unbesehen zu übertragen. Sie wird häufig ohne viele Überlegung schließen: so würde ich heute handeln, so würde ich mithin auch schon damals mich verhalten haben. Es ist klar, daß dieser Schluß keineswegs überall zutrifft, daß er namentlich um so weniger am Platze ist, je größer der zeitliche Abstand zwischen früher und jetzt geworden, und je stärker inzwischen die Verhältnisse gewechselt haben. Und es kann auch nicht geleugnet werden, daß es die Partei unter Umständen vor eine schwere Aufgabe stellen heißt, wenn man ihr zumutet, von der gegenwärtigen Denkungsweise abzusehen und sich in ihre frühere Situation und Sinnesart zurück zu versetzen. Es darf aber nicht unter Übertreibung der Schwierigkeiten behauptet werden, daß diese Aufgabe unlösbar wäre, auch nicht einmal, daß sie immer zu schwer wäre, um die Eideszuschiebung zu gestatten. Vielmehr hat der Richter die Umstände zu würdigen.

weniger einfach ist. Es kann sehr wohl sein, daß eine Partei ihre eigene frühere Handlung oder Wahrnehmung gar nicht mehr auf Grund ihrer direkten Erinnerung beschwört, sondern erst nachdem sie sich aus irgend welchen Quellen (Einsicht von Notizen, Geschäftsbüchern, Befragen des Personals, Zusammenstellung begleitender Umstände usw.) wieder Gewißheit hierüber verschafft hat. Hier vollzieht sie offensichtlich eine Reihe von Schlüssen aus gewissen Prämissen (Angaben, Aufzeichnungen, anderweitigen Umständen) auf ihr früheres Verhalten. Man denke nun gar an die negativ gefaßten Eide, die ja bei weitem die Mehrzahl der Fälle bilden. Die Partei kann eine Tatsache nur verneinen auf Grund der Erwägung, daß sie von derselben im Fall ihrer Wahrheit Kenntnis haben müßte. In dieser Erwägung liegt aber selbstverständlich ein Urteil enthalten, welches unter Umständen sogar sehr verwickelter Natur sein kann.

Sehr vielfach handelt es sich auch um Urteile, namentlich Urteile über psychologische Vorgänge, wenn die Partei eine sogenannte innere Tatsache beschwören oder abschwören soll. Es wird aber allgemein — und mit Recht — angenommen, daß die Zuschiebung des Eids über einen Bewußtseinsinhalt zulässig ist, wie etwa über das Wissen[1]), über Gemütsregungen und Stimmungen

1) Vergl. RG. (3 ZS.) 4. Februar 1881 (Entscheidungen 3 Nr. 126 S. 432 = SA. 36 Nr. 240 S. 362f. = JW. 81 S. 49 = Gruchot 25 S. 420); RG. (1 ZS.) 7. Juni 1882 (JW. 82 S. 175); RG. (4 ZS.) 18. Dezember 1882 (JW. 83 Nr. 37 S. 14); RG. (3 ZS.) 16. Januar 1883 (JW. 83 S. 77 Nr. 13); RG. (5 ZS.) 20. Januar 1883 (JW. 83 S. 77 Nr. 12); RG. (1 ZS.) 4. März 1885 (Gruchot 29 Nr. 153 S. 1107 = Bolze 1 Nr. 1806 Ziff. 5); RG. (5 ZS.) 6. Mai 1885 (Bolze 1 Nr. 1822); RG. (5 ZS.) 16. September 1885 (JW. 85 S. 322 Nr. 6 = Bolze 4 Nr. 1691 Ziff. 12); RG. (3 ZS.) 23. Oktober/17. November 1885 (Bolze 2 Nr. 1691 Ziff. 5); RG. (3 ZS.) 24. September; 21. Oktober 1887 (Bolze 5 Nr. 1216); RG. (6 ZS.) 20. September 1888 (Entscheidungen 21 Nr. 81 S. 402 = SA. 44 Nr. 230 = J.W 88 S. 394 Nr. 5 = Bolze 6, 1117); RG. (1 ZS.) 7. Dezember 1892 (JW. 93 S. 96 Nr. 12 = Bolze 15 Nr. 634a); RG. (5 ZS.) 13. Januar 1894 (JW. 94 S. 120 Nr. 13 = SA. 49 Nr. 215 S. 368f.) = Bolze 18 Nr. 715); RG. (6 ZS.) 15. Februar 1897 (JW. 97 S. 167 Nr. 9); OLG. Celle 12. Mai 1897 (SA. 53 Nr. 76 S. 134f.); RG. (1 ZS.) 23. Mai 1898 (JW. 98 S. 435 Nr. 5); Oberstes Landesgericht für Bayern 14. Juni 1899 (SA. 55 Nr. 56 S. 120f.)

Wenn die Eideszuschiebung über das „Wissen“ für unzulässig erklärt wird, so geschieht dies aus einem von folgenden Gründen:

a) weil das Objekt des zu beschwörenden Wissens ein Rechtsverhältnis ist, dessen Beurteilung Schwierigkeiten bietet; vergl. RG. (5 ZS.) 8. Januar 1887 (Bolze 4 Nr. 1320 Ziff. 1); RG. (3 ZS.) 5. April 1887 (Bolze 4 Nr. 1320 Ziff. 2); RG. (5 ZS.) 16. April 1887 (Bolze 4 Nr. 1320 Ziff. 4); RG. (4. ZS.) 8. Oktober 1888 (Bolze 6 Nr. 1125); RG. (1 ZS.) 1. Dezember 1888 (Bolze 7 Nr. 1107).

(etwa das Verzeihen)[1]) oder über eine Willensrichtung, etwa über eine Absicht[2]), Ja, dem Schwurpflichtigen wird häufig zugemutet, zu beschwören, ob er durch den und den (feststehenden) Umstand zu einem bestimmten Tun oder Unterlassen bewogen, ob er z. B. durch Drohung zum Abschluß eines Geschäfts, durch gewisse Zusicherungen zur Abstimmung in einem bestimmten Sinne

---

b) weil das Objekt des zu beschwörenden Wissens eine Tatsache ist, deren Beurteilung besondere technische Kenntnisse voraussetzt; vergl. RG. (5 ZS.) 20. Dezember 1893 (Gruchot 38 Nr. 19 S. 461); RG. (5 ZS.) 17. Mai 1899 (JW. 99 S 425 Nr 8);

c) weil die Zuschiebung einen Versuch darstellt, durch Einschiebung des „Wissens" das Erfordernis der eigenen Handlung oder Wahrnehmung (§ 445 ZPO.) zu umgehen; vergl. RG. (1 ZS.) 10. Juni 1898 (JW. 98 S. 483 Nr. 23);

d) weil die Tatsache, deren Kenntnis beschworen werden soll, ihrerseits objektiv nicht feststeht; RG. (1 ZS.) 9. Juni 1894 (Bolze 20 Nr. 798 d); RG. (3 ZS.) 20. Dezember 1895 (JW. 96 S. 77 Nr. 49), RG. (1 ZS.) 14. Juni 1897 (JW. 97 S. 419 Nr. 12); RG. (5 ZS.) 17. Mai 1899 (JW. 99 S. 425 Nr. 8).

Als geeignetes Eidesthema kann auch die „Überzeugung" einer Partei von der Wahrheit eines Vorgangs in Betracht kommen: vergl. RG. (6 ZS.) 8. Oktober 1894 (JW. 94 S 544 Nr. 9 = Bolze 20 Nr. 798 b) – oder ihr Urteil über die Notwendigkeit einer Maßregel: es handelt sich z. B. darum, ob der auf Vorlegung gewisser Bücher gegen eine Gesellschaft klagende Liquidator der offenen Handelsgesellschaft die Einsicht zum Zwecke der Liquidation für erforderlich hält (und nicht vielmehr die Absicht hat, aus den Büchern Dritten Mitteilungen zu machen); vergl. OLG. Jena 22. Oktober 1891 (Thüringische Blätter 41 S. 244).

1) Vergl. RG. (6 ZS.) 13. November 1899 (JW. 00 S. 20 Nr. 35 a. E.): „Kläger habe den Beklagten nur entlassen, um nicht verpflichtet zu sein, die Krankenversicherungspension zu zahlen". — Wenn in einem, nach früherem Recht entschiedenen Falle die Zuschiebung des Eides, „ob Beklagter die Absicht habe, nach Verbüßung seiner Festungshaft auszuwandern", für unzulässig erklärt worden ist, so ist dies nicht geschehen, weil eine Absicht keinen tauglichen Eidesgegenstand bilden könnte, sondern weil die gegenwärtige bloß subjektive Absicht für die Entscheidung (ob arrestatorische Maßregeln gegen den Beklagten zu ergehen haben) nicht erheblich erschien; vergl. OAG. Berlin 8. April 1869 (Schleswig-Holsteinscher Anzeiger 69 S. 167 = SA. 23 Nr. 184 S. 293).

2) Richtig RG. (6 Z.S.) 13. November 1899 (JW. 00 S. 20 Nr. 35 a. E.); ferner RG. (4 Z.S.) 16. März 1893 (Bolze 16 Nr. 708): „daß der Ehemann erst infolge seines eigenen ehebrecherischen Umgangs mit der Y sich zur Scheidungsklage gegen seine Ehefrau entschlossen habe"; RG. (6 Z.S.) 27. Oktober 1892 (JW. 92 S. 506 Nr. 3 = Bolze 15 Nr. 633): daß Schwörender „das Schuldanerkenntnis nur abgegeben habe, um den Kläger zu veranlassen, Strafantrag gegen X zu unterlassen" (es handelt sich hier allerdings um einen richterlich auferlegten Eid). — Die Entscheidung RG. (7 Z.S.) 19. Mai 1899 (JW. 99 S. 425 Nr. 9) schließt die Eideszuschiebung über ein Motiv — unter Anerkennung seiner grundsätzlichen Zulässigkeit im übrigen — für den besonderen Fall nur deshalb aus, weil der Beweggrund unerheblich sei. Letztere Erwägung dürfte auch durchgreifen

veranlaßt worden ist. Es ist klar, daß gerade diese Fälle den hier behandelten überaus nahe kommen. Auch bei ihnen vollzieht die Partei ein psychologisches Urteil. Auch bei ihnen vergleicht sie wirkliche und mögliche Tatbestände miteinander: sie kann z. B. nicht beschwören, durch die erregte Furcht zum Kontrahieren bewogen worden zu sein, ohne sich den Fall vorzustellen, wie sie ohne die Drohung sich verhalten haben würde. Sie muß also eine in Wahrheit nicht verwirklichte Tatsache, (nämlich den Zustand des Nichtbedrohtseins) unterstellen und dessen vermutliche Folgen mit den wirklich eingetretenen vergleichen.

Ihre geistige Funktion unterscheidet sich nur ganz wenig von der bei der hypothetischen Aussage zu vollziehenden. Wenn nämlich die Partei beschwört, daß sie durch die Drohung zum Abschluß eines Rechtsgeschäfts veranlaßt worden ist, so schließt sie von der eingetretenen Wirkung auf die Ursache (von der begangenen Handlung auf das Motiv). Wenn sie aber eine hypothetische Tatsache eidlich bekräftigen soll, so hat sie umgekehrt von gewissen Voraussetzungen (Prämissen, Ursachen) auf die vermutlichen Wirkungen zu schließen (von dem vorausgesetzten Nichtbedrohtsein auf das Unterlassen des Rechtsgeschäftes): also eine von der früher erwähnten kaum abweichende geistige Tätigkeit. Wenn aber der Partei die erstere unbedenklich zugemutet wird, so ist nicht abzusehen, warum ihr nicht ebensogut die zweite zugetraut werden dürfte.

Endlich ist daran zu erinnern, daß den vereidigten Zeugen tagtäglich solche Schlüsse zugemutet werden. Man denke nur daran, wie oft im Strafprozeß der Betrogene beschwört, er hätte ohne die Vorspiegelung falscher Tatsachen das Geschäft nicht vorgenommen. Warum sollte im Zivilprozeß die Partei zu dem gleichen Schlusse nicht befähigt sein?

Ist danach die prinzipielle Statthaftigkeit der Eideszuschiebung über hypothetische Tatsachen nicht von der Hand zu weisen, so ist doch nicht zu verkennen, daß der Richter im Einzelfalle bei der Zulassung derartiger Eide mit der größten Vorsicht wird verfahren müssen. Das der Partei anzuvertrauende Urteil würde in

in dem Falle RG. (4 Z.S.) 7. Januar 1886 (JW. 86 S. 72 Nr. 5); allerdings ist unzutreffend der weitere dort verwendete Gesichtspunkt, der bloße Beweggrund sei „keine Tatsache, sondern nur ein Gedanke“. — Daß der Eid auch zugeschoben und auferlegt werden kann über den „Willen, sich rechtlich zu verpflichten“, wird zutreffend hervorgehoben vom RG. (2 Z.S.) 23. Oktober 1891 (JW. 91 S. 528 Nr. 9 = Bolze 13 Nr. 684c).

der Regel das Element der Unsicherheit in sich tragen. Der Schwurpflichtige würde es bei Vollziehung der nötigen Schlüsse in der Überzeugung von seinem Rechte vielfach an der nötigen Gewissenhaftigkeit fehlen lassen. Er wäre allzu leicht geneigt, seine gegenwärtige Denkweise ohne weiteres auf den früheren Zeitpunkt zurück zu übertragen, obgleich damals vielleicht die Verhältnisse anders gelagert waren (vgl. S. 241 Anm. 1). Kann nach der Überzeugung des Richters der Partei die Objektivität nicht zugetraut werden, die zur Auseinanderhaltung der gegenwärtigen und früheren Sachlage erforderlich ist, so darf der Eid nicht zugelassen werden. Vor allem aber ist die hypothetische Tatsache, namentlich, wenn sie von inneren Motiven abhängt, für den Außenstehenden nicht kontrollierbar.[1]) Es würde mithin der Falscheid sehr schwer darzutun sein: wie soll man in der Regel beweisen, daß die Partei sich anders verhalten haben würde, als sie geschworen hat? Darum bliebe für den Eid über hypothetische Tatsachen meist nur die religiöse und moralische Verantwortung übrig, während die strafrechtliche vielfach ausscheiden müßte.[2])

2. Der andere Zweifelspunkt liegt darin, ob die hypothetische Tatsache eine solche sein kann, die „in der Handlung oder Wahrnehmung“ des Schwurpflichtigen besteht. Eine Handlung (d. h. eine als wirklich behauptete Handlung) kann natürlich nicht in Frage stehen. Es liegt ja im Wesen der hypothetischen Tatsache, daß sie sich (zwar hätte ereignen können,

[1]) Daß freilich dieser Umstand für sich allein den Ausschlag nicht geben kann, beweist die Zulässigkeit des Eides über innere Tatsachen (Wissen, Wollen, Beabsichtigen usw.), obgleich auch hier der Nachweis des Falschschwurs oft ausgeschlossen sein wird.

[2]) Aus diesen Umständen erklärt es sich wohl, daß in der Praxis Eide über hypothetische Tatsachen außerordentlich selten vorkommen. In den meisten Fällen, die unbezweifelt einen hypothetischen Tatbestand zum Objekte haben, ist der Eid für unzulässig erklärt worden. — In einem Falle handelt es sich darum, wie die schwurpflichtige Partei unter einer gewissen Voraussetzung abgestimmt haben würde; RG. (6 Z.S.) 22. Februar 06 (Entsch. 62 Nr. 100 S. 415 = JW. 06 S. 232 Nr. 16); vergl. demgegenüber allerdings die Entscheidung des OLG. Braunschweig vom 24. Oktober 1902 im Recht 6 S. 501. — In einem anderen Falle hat die eine Partei der anderen ein Gemälde zur Veräußerung übergeben; die Frage ist, ob die erste den Verkauf zu dem von einem Kauflustigen gebotenen Preise geschlossen haben würde. Der Eid hierüber wird abgelehnt, allerdings mit der wenig überzeugenden Begründung, es handele sich nicht um eine Tatsache, auch nicht um eine innere Tatsache: „die Erklärung über den hypothetischen Willen ist die Erklärung einer Vorstellung über die Gestaltung desselben unter gewissen

aber in Wirklichkeit) nicht ereignet hat. Wohl aber trifft hier der Gesichtspunkt der Wahrnehmung zu. Von einer solchen kann nämlich nicht bloß gesprochen werden, wenn ein bestimmter Vorgang sinnlich perzipiert wird, sondern auch, wenn ein wirklicher oder möglicher Vorgang durch interne Vorstellungsakte erschlossen wird. Insofern kann nicht bloß durch die äußeren Sinnesorgane, sondern (wenn man so sagen darf) durch den „inneren Sinn" etwas als wahr ermittelt werden. Hat aber die Partei die Vorstellung der Gewißheit von einem wirklichen oder vermutlichen Vorgang bekommen, so bildet dieser Vorgang den Gegenstand ihrer Wahrnehmung im Sinne des Eidesrechtes. So wird denn auch, wie schon erwähnt, allgemein anerkannt, daß der Partei grundsätzlich der Eid über innere Tatsachen (Wissen, Beabsichtigen usw.) zugeschoben werden kann, obgleich es sich um Vorgänge handelt, die nicht oder doch nicht notwendige Objekte der sinnlichen Wahrnehmung sind. Ist dies aber richtig, so steht nichts im Wege, von einer Wahrnehmung auch dann zu sprechen, wenn der vom Schwurpflichtigen vorgestellte Vorgang kein wirklicher, sondern ein nur möglicher, aber unter gewissen Voraussetzungen bestimmt zu erwartender, in diesem Sinne notwendiger ist. So aufgefaßt, wird nicht bloß wahrgenommen, was

---

Voraussetzungen, nicht die Bekundung dessen, was ist oder war, sondern ein Urteil über etwas, was unter gewissen Voraussetzungen Tatsache hätte werden können." Das beruht auf der im Texte bereits bekämpften Vorstellung, als gehöre zum Wesen der Tatsache die historische Wirklichkeit. Vergl. RG. (6 Z.S.) 26. Oktober 1893 (Bolze 17 Nr. 769). — In einem weiteren Prozeß war der Eid zugeschoben, der Beklagte „müßte den eingeklagten Betrag, wenn er ihn nicht unerlaubter Weise verzehrt hätte, noch hinter sich haben". Dieser Eid ist mit vollem Rechte für unzulässig erklärt worden, aber nicht wegen der hypothetischen Fassung, sondern weil das Eidesthema in den Worten „unerlaubter Weise" ein sehr schwieriges tatsächliches und rechtliches Urteil enthält, um dessen Richtigkeit sich gerade der Prozeß dreht; vergl. RG. (4 Z.S.) 22. Januar 1885 (Bolze 1 Nr. 1804 Zif. 2). — Dagegen bietet ein typisches Beispiel des zulässigen hypothetischen Eides folgender Fall (es handelt sich freilich nur um einen richterlich auferlegten Eid, doch würde im Fall der Zuschiebung nicht anders zu entscheiden gewesen sein): Der Pächter einer Wirtschaft behauptet, er sei über den täglichen Bierverbrauch getäuscht worden und „hätte ohne die Vorspiegelung nicht 4000 und nicht mehr als 2400 M. geboten." Der Eid hierüber wird — mit vollem Rechte — für zulässig erklärt: „Die Bestimmung des Willens zu einer Handlung und die Ursache, aus welcher die Willensbestimmung erfolgte, sind Tatsachen, welche sich im Innern des Menschen vollziehen und daher von demjenigen, in dessen Innerem sie sich vollziehen, wahrgenommen werden müssen; vergl. Oberstes Landesgericht für Bayern 7. Dezember 1888 (S.A. 44 Nr. 169 S. 270).

jemand getan hat, sondern ebenso auch, was er in einem gewissen Falle tun würde oder getan haben würde. Insofern kann auch der Eid über hypothetische Tatsachen den Erfordernissen des § 445 ZPO genügen.

Hierzu wird freilich eins verlangt werden müssen. Der hypothetische Tatbestand, über welchen der Eid zugeschoben wird, muß ein solcher sein, der sich in der Person des Schwurpflichtigen selbst (bezw. seines Rechtsvorgängers oder Vertreters) ereignet haben würde. Nur dann kann ihm zugemutet werden, das Urteil zu fällen, welches in jeder Aussage über einen vermutlichen Vorgang enthalten liegt. Die Partei kann gegebenen Falles bestimmt aussagen, was sie unter gewissen Voraussetzungen getan haben würde. Wie sich ein anderer verhalten hätte, darüber kann sie ein sicheres Urteil nicht abgeben. Die Eideszuschiebung ist auch in unserem Falle nur über ein factum proprium, nicht über ein factum alienum möglich. Was im Normalfalle für den als wirklich behaupteten Vorgang gilt, muß nicht minder in unserem Falle für den hypothetischen Vorgang gefordert werden, daß er nämlich (falls er sich ereignet hätte) in einer Handlung oder Wahrnehmung der schwurpflichtigen Partei bestanden haben würde.

Aus dem Gesagten ergibt sich mit Leichtigkeit, wie die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des Eides über hypothetische Tatsachen mit der Lehre von der Bestimmtheit des Eides zusammenhängt. Es ist oben im § 2 unter I dargelegt, daß die Eideszuschiebung vielfach aus dem Grunde als unbestimmt abgelehnt werden muß, weil sie vom Gegner ein Urteil verlangt, welches ihm nach Lage des Falles nicht zugemutet werden kann. Andererseits enthält jeder Eid über eine hypothetische Tatsache zugleich einen Schluß, ein Urteil der schwurpflichtigen Partei. Soweit nun dieses Urteil unter Berücksichtigung der vorliegenden Umstände nach der Überzeugung des Richters von der Partei verlangt werden darf, soweit ist der Eid auf eine Tatsache im Sinne des § 445, und zugleich auf eine bestimmte Tatsache gemäß § 451 ZPO gerichtet. Ist dagegen der vom Delaten verlangte Schluß nach Lage des Falles so geartet, daß er ihm nicht zugemutet werden darf, so liegt keine Tatsache (im Gegensatz zum Urteil), also auch keine bestimmte Tatsache im Sinne des Eidesrechtes vor. Die Zuschiebung ist mithin auf Grund des § 445 und 451 ZPO als unzulässig zu verwerfen.

Zur Universitätsverfassung

von

Otto Gradenwitz.

Inhaltsverzeichnis.

Zur Universitätsverfassung*)

von

Otto Gradenwitz.

Dem Reiche Militär und Auswärtiges, den Einzelstaaten die Kulturaufgaben, — war die Formel. Gleichwohl hat die Entwicklung der deutschen Universitäten von den großen Ereignissen von 1866 und 1870 nicht nur einen Impuls erhalten, sondern die Verteilung der Landes-Universitäten zeigt einen äußerlichen Parallelismus zu der militärisch-politischen Gestaltung: Preußen gewann 1866 drei neue Provinzen, und in jeder eine Universität; Schleswig-Holstein mit Kiel, Hannover mit Göttingen und in dem zusammengelegten Hessen-Nassau das kurhessische Marburg. In dem

---

*) Daude: Die Königliche Friedrich Wilhelms-Universität zu Berlin, Berlin 1887. — Hoseus: Die Kaiser Wilhelms-Universität zu Straßburg, ihr Recht und ihre Verwaltung, Straßburg 1897. — Wollenberg: Handbuch der Königlichen Albertus-Universität zu Königsberg Pr., Königsberg i. Pr., 1908. — Von deutschen Universitäten, Allerlei, etc. Von einem deutschen Professor, 1869.

Der zeitige Rektor der Wilhelms-Universität zu Straßburg, Herr Georg Friedrich Knapp, hatte die Güte, auf meine Bitte die Universitäten im Deutschen Reich um die Einsendung je eines Exemplares ihrer Universitätsstatuten zu ersuchen; infolgedessen habe ich für diese kleine Studie benutzt:

Berlin: Statuten der Universität zu Berlin, 1816. — Bonn: Statuten der Königlich Preußischen Rheinischen Friedrich Wilhelms-Universität, 1827. — Breslau: Statuten für die Universität zn Breslau vom 21. Februar 1816. (Wieder abgedruckt mit Anmerkungen 1886.) — Gießen: Satzungen der Universität Gießen. Erster Teil. 1879. Mit Nachträgen. — Göttingen: Manuale Professorum Gottingensium. Dritte Ausgabe. 1902. (Mehr als ein Statutenabdruck; nähert sich den obengenannten Werken.) — Greifswald: Statuten der Königlich Preußischen Universität Greifswald, 1865. — Halle-Wittenberg: Statuten der Königlich Preußischen Vereinigten Friedrichs-Universität Halle-Wittenberg, 1854. — Heidelberg: Verordnungen über die Organisation der Universität Heidelberg, 1865; und durch die besondere Güte des Prorektors, Herrn Georg Jellinek, auch Aushängebogen des Werkes: Jellinek, Gesetze und Verordnungen für die Universität Heidelberg. — Jena: Allgemeines Statut der Großherzoglich und Herzoglich Sächsischen Gesamt-Universität Jena, 1907. — Kiel: Vom Rektor und Senat und vom Konsistorium, 1874. — Königsberg: Statuten der Königlich Preußischen

unter preußischer Führung militärisch geeinigten Norddeutschen Bund, der den Einzelstaaten ihre Kontigentshoheit beließ, stehen neben der nunmehr ganz überwiegenden Zahl der preußischen Universitäten die übrigen norddeutschen. Wie die königlich sächsische Armee noch heute als solche selbständig in der Armeerangliste ihren Platz hat, so steht die Universität Leipzig unabhängig und gewaltig als sächsische da; wie die thüringischen Regimenter und Brigaden zum Teil mehrere Kontigentsherren haben, so erfreut sich die Universität Jena mehrerer fürstlicher Erhalter. Gießen repräsentiert die nord-südliche hessische Division, und die ganze Eigenart mecklenburgischen Wesens findet sich in der aus den Mitteln der Domänen vom Großherzog unterhaltenen Universität Rostock wieder. — Das Jahr 1870 hat mit dem Reiche die reichsländische Universität gebracht, die auch vom Reiche ihren Zuschuß empfängt.

So darf wohl zum Festtage des Reichs-Staatsrechtes das Auge sich richten auf die Statuten der deutschen Universitäten, wobei naturgemäß der östlichen Universität, die Paul Laband zuerst unter ihren Conziliaren sah, und der westlichen Universität, bei der zu verbleiben er vorzog, der Hauptanteil zufällt.

Durch die Vereinigung so vieler Universitäten unter der preußischen Krone ist die tatsächliche Machtstellung des preußischen Kultusministeriums gesteigert worden[1]. Trotzdem scheint die

---

Albertus-Universität zu Königsberg, 1843. — Leipzig: Revidiertes Statut für die Universität Leipzig, 1892. — Marburg: Statuten der Königlichen Universität zu Marburg, 1885. — Rostock: Satzungen für die Landesuniversität zu Rostock, 1904. — Straßburg: Statut für die Kaiser-Wilhelms-Universität Straßburg, 1875.

Auch hatte Herr Regierungsrat Wollenberg die Liebenswürdigkeit, mir ein geschriebenes Exemplar der Statuten der Albertina vom Jahre 1554 zugehen zu lassen; Herr Bibliotheksdirektor Boysen unterstützte mich bei einem Besuche in Leipzig auf das freundlichste durch Beschaffung älterer Quellenbücher.

1) Die Steigerung der Staatsaufsicht bewegt sich zunächst in der Richtung der auswärtigen Angelegenheiten, wie denn die Episode des Jahres 1905 ihren Ausgang genommen hat von einer Kundgebung preußischer Studenten nach Österreich: es ist auffällig, daß bei dieser Sache, die so viel Staub aufgewirbelt hat, nicht an das historische Rededuell Bismarck-Hänel erinnert worden ist, in welchem die staatsrechtliche Frage der Übermittlung von Sympathiekundgebungen, aus Anlaß der Beileidsäußerung eines auswärtigen Parlamentes beim Tode eines diesseitigen Parteiführers, klargelegt wurde (Reichstagsverhandlungen von 1884, I, S. 28 ff.). Öfters verquickt sich diese politische Frage mit der finanziellen, z. B. bei der Beschickung ausländischer Jubiläen. — Ein zweiter Punkt betrifft die persönliche Stellung der preußischen Universitätslehrer, bei den

korporative Selbständigkeit der Universitäten nicht gefährdet, solange das korporative Verantwortlichkeitsgefühl auf der Höhe bleibt: die Selbstergänzung der Genossenschaft wird im wesentlichen immer ihr selbst oder der Gesamtheit der Universitäten verbleiben. Denn was in allen normalen Zweigen der Staatsverwaltung Prinzip ist, daß der Chef oder der Ressortchef das Amt des Untergebenen auszufüllen imstande ist und eben darum ihn auswählt, versagt bei der Universität. — Die Form, in der die Selbstergänzung geübt wird, ist freilich in den einzelnen Kulturstaaten eine verschiedene; aber der Versuch, die Würdigkeit der Kandidaten nicht durch die Fakultäten, sondern durch die Gesamtheit der Spezialkollegen mathematisch ausrechnen zu lassen, führt in Italien nur allzu häufig zu einer Empfehlung mehrerer 'cogli stessi punti',

---

sogenannten Reversen, den stipulationes praetoriae unseres Universitätsrechtes; das preußische Ministerium versichert sich der Bereitwilligkeit der Professoren an Prüfungen teilzunehmen, indem es sich diese Teilnahme versprechen läßt; und es sichert sich gegen lästige Sedisvakanzen, indem es sich garantieren läßt, daß der Professor seine Stelle nur zum 1. Juli oder 1. Oktober und nur nach einer drei Monate zurückliegenden Ansage aufgeben wird. Es liegt auf der Hand, daß nur unter ganz abnormen Verhältnissen ein Professor seine Professur behalten und die Beteiligung an der Prüfung ablehnen wird, und wiederum wird das Odium, einen Professor, der einen Ruf Ende Februar oder Ende Juli bekommt, noch für ein Semester festzuhalten, oft größer sein, als die Unbequemlichkeit, einen Nachfolger zu finden, oder selbst die, einen Verweser für ein Semester zu deputieren. Nur wenn es sich um Insitute handelt, wird öfters von einer Ausnützung dieses Reverses die Rede sein. Eine weitere Sicherung geben die Umzugskostenreverse, die im Abgeordnetenhaus zur Sprache gekommen sind: bei vorzeitiger Wegberufung in einen andern Staat soll, so lautet der Revers, das Umzugsgeld vom Professor zurückerstattet werden; in solchen Fällen übernimmt der Staat, in den der Professor neu berufen wird, das zurückzuzahlende auf seine Kasse; diese an sich unbedeutende finanzielle Ausgleichung läßt den Blick richten auf die Möglichkeit einer viel wichtigeren Kombination: die preußische Universitätsvielheit bietet den Vorteil, daß der Staat sich in keiner Weise scheut, angejahrte Männer von hervorragender Bedeutung von einer Universität nach der andern zu transplantieren; eine solche Verpflanzung gereicht oft der academia ad quam wie der academia a qua zum Vorteil und läßt den Professor, der sich an seinem alten Wirkungskreis ausgegeben hatte, neu aufblühen. Wenn aber in einem solchen Falle eine Berufung in einen andern Staat in Frage kommt, so trägt dieser wohl Bedenken, für wenige Amtsjahre die ganze Emeritenzeit in Kauf zu nehmen: ich wüßte nicht, was einer Vereinbarung der Bundesstaaten entgegenstände, bei der Freizügigkeit der Professoren ein für allemal Grundsätze aufzustellen, nach denen die Emeritengelder unter den Staaten verteilt würden, und also der verjüngende Ortswechsel angejahrten, aber noch vollkräftigen bedeutenden Männern erleichtert würde.

und dadurch sich selbst ad absurdum. — Die Teilung der Verantwortung zwischen Fakultäten und Ministerium, wie sie dem Vorschlagsrechte anhaftet, hebt freilich vielfach die Verantwortung für jeden Beteiligten äußerlich auf; aber wie die Dinge liegen, gibt sie beiden zusammen eine segensreiche Widerstandskraft gegen Einflüsse Dritter.[1])

Was aber die Selbstverwaltung betrifft, so ist bei weitem das Wichtigste das Verhältnis des korporativen Regimentes zu den Studierenden und zu den Veranstaltungen, die zum Wohle der Studierenden (auch außerhalb der Vorlesungen und Institute) getroffen sind: ein edler Wettstreit des Selbstverwaltungsregimentes und des Staatsregimentes, hier dem Nutzen der Studierenden, und also der Zukunft von Staat und Wissenschaft zu dienen, kann nur segenbringend wirken; das Element, das hier schwach oder rückständig bleibt, verdient vom andern aufgezehrt zu werden[2]).

Das vergangene Jahrhundert hat den deutschen Universitäten eine große Zahl von Statuten beschert, die sich zum allergrößten Teile als Umgestaltungen alter Stiftungsurkunden darstellen; waren doch ursprünglich die Universitäten bekanntlich privatfürstliche Stiftungen, nicht staatlich, sondern mäcenatisch instradiert! Auch ist dieser Charakter nicht nur, wie oben bemerkt, der mecklenburgischen Universität de jure geblieben, sondern auch andere Universitäten zeigen in ihrer Verfassung und Verwaltung noch Spuren hievon[3]).

---

1) Eingriffe der Regierung in die Vorschlagsliste, die einen politischen, sozialpolitischen oder religiösen Zweck verfolgen, kommen allerdings vor, vergleichbar dem Einspruch der Verwaltungsbehörde bei der Eintragung von Vereinen, — ein Tribut der Korporationen an die Staatsrücksichten.

2) Die Einwirkung des Staates auf den Lehrbetrieb kann ermessen werden an der Doppelaufgabe der Universitäten, wie sie in dem von Prutz (Albertus-Universität. 1894, S. 43) mit Recht gepriesenen Gutachten gekennzeichnet wird, welches für die Albertina vor hundert Jahren A. W. Heidemann erstattet hat: der Doppelaufgabe zum Staatsbürger heranzuziehen und der Verbreitung gelehrter Kenntnisse zu dienen. Die erstere Aufgabe hat in den Statuten von Königsberg (§ 1) einen überwiegenden Ausdruck gefunden; Bonn (§ 2) ist darin mehr ausgleichend. Der Staat unterscheidet heutzutage den Lehrbetrieb für die Wissenschaft als solche, den er freiläßt, und die vom Staate geregelten Voraussetzungen für den Eintritt in den Staatsdienst (bei Juristen, künftigen Oberlehrern aus den verschiedenen Fächern der philosophischen Fakultät), in den Kirchendienst, (soweit er in staatliche Kompetenz fällt) und in den ärztlichen Beruf.

3) Unter diese Spuren rechne ich auch die Tatsache, daß aller Gehaltsskalen ungeachtet in wichtigen Fällen das Jahresgehalt des zu berufenden

Diese Eigenheit der Universitäten kommt in manchen Einzelheiten zum Ausdruck: ein Aktenstück des Archivs zu Königsberg aus der Zeit Friedrich des Großen gipfelt in folgender Frage: Herzog Albrecht, der Stifter der Universität, hatte eine bestimmte Summe für Stellen von Konviktsstudenten und für Professorengehälter zusammen ausgesetzt; der König Friedrich der Große kann in den Kriegsläuften den Zuschuß nicht so gestalten, daß zugleich die stiftungsmäßige Anzahl von Konviktlern erhalten und die Professoren die ihnen zustehenden Gehälter beziehen Da erhebt sich denn ein juristisch interessanter aber vom Standpunkte einer reinen Staatsanstalt unverständlicher Streit zwischen Universität und Regierung darüber, ob man nur Konviktsstellen einziehen, oder zugleich die Professorengehälter schmälern solle. Es wird von der Regierungsseite der korporative Charakter der gemeinnützigen Stiftung betont, welcher das Vermögen dem Zwecke widme und also, wenn in Notzeiten die Zahl der einstellbaren Konviktler sich mindere, auch Einschränkung der Professorensaläre verlange. Der moderne Standpunkt des Staates gibt den Professoren unwiderruflichen Anspruch auf das staatliche Gehalt; man versucht, mit ihnen die Honorare zu teilen. Der damalige Standpunkt soll sie veranlassen, wie bei einer Havarie ihre Gehälter in die notleidende Masse einzuwerfen. Der Streit dreht sich nicht um eine staatsrechtliche Frage, sondern um den Willen des Stifters, und in welchen Formen dieser Streit von Seiten der Regierung geführt wird, mag folgende derb anschauliche Stelle beweisen: den Professoren sei es freilich einerlei, wenn auch 'barbaries einreiße', sofern nur sie mit ihren Familien sorgenfrei leben könnten. Die eigentliche Frage bei der Auslegung des Stifterwillens ist folgende: hat der Stifter den Ordinariis nur vor den Extraordinariis ein Privileg gesicherter Stellung erteilen wollen, oder ein absoluter Privileg?

Professors vertragsmäßig vereinbart wird. Denn Universitätsprofessoren erhielten eben ursprünglich oft einen individuellen fürstlichen Ehrensold.

Es ist dies ja ein eigenartiger Zustand, der aber auch segensreich wirken kann, z. B. indem er der Regierung die Möglichkeit gibt, wenn sie für den Osten etwas tun will, durch ungewöhnliche Leistungen ihrerseits bedeutende Kräfte nach dem Osten zu ziehen, — während andere Verwaltungen bei dem gleichen Wunsche darauf bauen müssen, daß persönlicher Idealismus einen erlesenen Beamten veranlassen wird, einen etwa unwillkommenen Ruf nach Osten mit der kümmerlichen Ostmarkenzulage anzunehmen.

Ein zweites Beispiel ist § 4 der Hallenser Statuten: „der ursprünglichen Stiftung gemäß sind bei der Universität Halle-Wittenberg nur Lehrer und Beamte evangelischer Konfession zuzulassen und anzustellen.“ Dieser Paragraph zeigt, daß auch bei der Übernahme der Universität als Anstalt des paritätischen Staates Preußen der Charakter als ursprünglicher Stiftung berücksichtigt wurde [1]).

I. Senatsverfassung und Konzilverfassung in Preußen.

So groß auch die Besonderheiten sind, welche die Statuten einzelner, und namentlich altehrwürdiger Universitäten gegeneinander aufweisen, so läßt es sich doch nicht verkennen, daß ein gewisser Grundzug durch die Statuten, die in dem letzten Jahrhundert für die norddeutschen Universitäten ergangen sind, geht. Die Statuten, welche die im Jahre 1810 gegründete Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin erhielt, wurden auf die bald darauf gegründeten Universitäten Breslau und Bonn [2]) ziemlich genau übertragen; in Königsberg aber hatte man es mit einer ganz anders gearteten und widerstandsfähigen Universitätsverfassung zu tun.

1) Dagegen ergibt die Entstehungsgeschichte der Breslauer Universität, daß hier durch die Vereinigung von dem protestantischen Frankfurt a. O. mit der ehemaligen Jesuitenanstalt Breslau eine paritätische Universität emportauchen sollte, vergl. Röpell zur Geschichte der Universität Breslau, 1861.

2) Wenn auch die definitiven Statuten von Breslau früher als die definitiven von Berlin publiziert sind, so ist doch die Priorität der Berliner in Frage.

Das vorläufige Reglement für die Universität zu Berlin vom 24. November 1810 lautet im § 11: „Bis zur Organisation des Senates durch die Statuten werden die Geschäfte desselben von der Versammlung aller ordentlichen Professoren verwaltet. Sie versammeln sich ordentlicherweise monatlich zweimal, außerordentlich so oft es nötig ist. Ihnen werden alle, die Universität im ganzen und insbesondere die Disziplin der Studierenden betreffenden Angelegenheiten vorgetragen, alle Verfügungen und Anschreiben der Behörden werden an diesen Senat gerichtet und von ihm beantwortet. Die Verhandlungen sind kollegialisch und in zweifelhaften Fällen entscheidet die Mehrheit der Stimmen. Doch steht es jedem Mitglied der Versammlung frei, dem Bericht an die Behörde sein abweichendes Votum beifügen zu lassen.“

Hiernach sollte die Gesamtheit provisorisch verwalten; aber schon am 22. März 1812, also vier Jahre bevor Breslau und darauf Berlin die definitiven Statuten erhalten, ist man für Berlin im wesentlichen auf den späteren § 6 der jetzigen Statuten einig: der Senat, als Ausschuß der ordentlichen Professoren, verwaltet und wacht.

Breslau hatte schon 1810/11 interimistisch einen Wahlsenat; seine definitiven Vorschläge gingen 24. Mai 1812 ab. (Nadbyl, Chronik und Statistik der Universität Breslau, 1861, § 8).

Diese alte Königsberger Verfassung erwies sich im Laufe der überaus langwierigen Verhandlungen über Statutenerneuerung als kräftig genug, ihre Eigenart mit den neuen Elementen wohl durchsetzen zu lassen, aber nicht aufzugeben. Man kann Bonn und Breslau im großen und ganzen als mit den Berliner Statuten bewidmet ansehen; Königsberg hat in seinen Statuten auch ein anderes Element aufbewahrt, welches in einigen Statuten der jüngsten Zeit fortwirkt. Der Gegensatz, um den es sich dabei handelt, ist kein geringerer als derjenige, der die Staatsverfassung des Altertums von denen der Neuzeit trennt: Urversammlung und repräsentative Versammlung: Berlin, von vornherein auf eine größere Zahl von Professoren angelegt, vermeidet es in seinen definitiven Statuten, jeden Ordinarius als solchen, oder etwa jeden Ordinarius bis zu einer bestimmten Anciennetätsgrenze hinunter, an den einzelnen Akten der Selbstverwaltung der Gesamtuniversität zu beteiligen. Die Berliner Statuten enthalten aber einen Paragraphen (I, 6), der sich in fast allen späteren preußischen Universitätsverfassungen analog wiederfindet, und also lautet: „Um die Rechte und gemeinsamen Angelegenheiten der Universität wahrzunehmen, die gemeinsamen Angelegenheiten derselben zu verwalten, um über die Studierenden die allgemeine Aufsicht zu führen und die disziplinarische Autorität über sie auszuüben, wie auch, um über die Angelegenheiten der Universität an das ihr vorgesetzte Ministerium zu berichten, um mit Unseren übrigen Staatsbehörden zu verhandeln, besteht in der Universität ein Ausschuß der ordentlichen Professoren unter dem Namen des Senats, an dessen Spitze der Rektor der Universität, als Präses, sich befindet."

Dieser Ausschuß der ordentlichen Professoren, oder wie es in andern Statuten heißt, dieses Kollegium hat unter allen Umständen die akademische Disziplin in seiner Kompetenz. Ihm gehört daher auch der Universitätsrichter, wann und wo diese Behörde existiert, unter allen Umständen an. Der Name 'Senat' weicht mitunter der Bezeichnung 'engerer Senat' u. ä., die Sache ist an allen preußischen Universitäten vorhanden, in den Berliner Statuten nur vorbildlich für die späteren preußischen formuliert. Dieser Ausschuß umfaßt die eigentlichen Vorstandsprofessoren: den Rektor als „erste obrigkeitliche Person der Universität" und die Dekane als „Vorsteher der Fakultäten" [1]), die

1) Der Marburger Deputation gehören die Dekane nicht an. — Auch Göttingen hat einen Rechtspflege- und einen Verwaltungsausschuß ohne Dekane.



zweite Stelle im Senat nimmt verständigerweise überall der unmittelbare Vorgänger des Rektors ein, der bestimmt ist, den Rektor bei etwaiger Verhinderung zu vertreten, und faktisch berufen, neben dem Universitätsrichter Auskunft zu erteilen über die aus dem Vorjahre schwebenden Geschäfte. Zu diesen „geborenen" Senatoren treten noch eine Anzahl von Wahlsenatoren, die meist auf zwei Jahre in den Senat entsendet werden. Der Universitätsrichter ist, wie bemerkt, in Preußen ständiges Mitglied. Eine andere Vertretung der Gesamtuniversität kennt das Berliner Statut nicht; denn daß der Rektor, der Richter oder 'Rektor und Richter' einige Kompetenzen haben, kommt hier nicht in Betracht. So besteht ein Gegensatz zwischen der Verfassung der Gesamtkörperschaft und derjenigen der Fakultäten. Die einzelne Fakultät ist gedacht als Urversammlung, so daß jeder, der Ordniarius wird, bei allen Selbstergänzungs- und Selbstverwaltungsangelegenheiten der Fakultät mitstimmt und mitberät; in die Gesamtverwaltung hat die Gesamtheit Vertrauensmänner zu delegieren. Diese Verfassung ist von Bonn und Breslau [1]) übernommen. Auch Königsberg besitzt den betreffenden Paragraphen (§ 6) [2]) und hat demgemäß auch einen Abschnitt 'vom Rektor und Senate'. Wenn man das Inhaltsverzeichnis der Königsberger Statuten liest, findet man keinen Unterschied. Aber es ist noch ein Element eingeschaltet, welches sich schon durch die Form als eine im Laufe der Verhandlungen über die Statuten in das Berliner Modell hereingebrachte Neuerung kennzeichnet:

> § 35. „Damit der Senat nicht das Interesse aller ordentlichen Professoren an den gemeinschaftlichen Angelegenheiten der Universität schwäche und viele Gegenstände, die zu allgemeiner Kenntnis derselben kommen müssen, ihnen nicht vorenthalten

---

1) Bonn § 13; Breslau § 6.

2) Königsberg, § 6 lautet:

„Um über die Rechte der Universität zu wachen, die gemeinsamen Angelegenheiten derselben zu verwalten und zu dem Ende an das ihr vorgesetzte Kuratorium und Ministerium zu berichten, sowie mit Unsern übrigen Staatsbehörden zu verhandeln, ferner um die Disziplinargewalt über die Studierenden in den vorgezeichneten Grenzen nach den bestehenden gesetzlichen Vorschriften auszuüben, ist bei der Universität ein Kollegium eingesetzt, das durch den Rektor, durch ordentliche Professoren und den Universitätsrichter gebildet wird (vergl. § 33) und den Namen des akademischen Senats führt. An dessen Spitze steht der Rektor der Universität oder der die Stelle desselben vertretende Prorektor."

werden, beruft der Rektor wenigstens alle drei Monate ein Concilium generale sämtlicher ordentlicher Professoren mit Einschluß des Universitätsrichters und legt demselben die Protokolle der in der Zwischenzeit gehaltenen Senatssitzungen vor, indem er darüber auf Verlangen weitere Erläuterungen erteilt.“

Der Umstand, daß der Zweck dieser Institution in die Statuten selbst aufgenommen ist, läßt auf die Schwierigkeiten schließen, unter denen sie durchgesetzt wurde. Die Gesamtheit der ordentlichen Professoren soll von ihren Vertrauensmännern mindestens allvierteljährlich Rechenschaft verlangen dürfen. Nach dem § 35 ist das Concilium generale lediglich eine kontrollierende Behörde, und hat streng genommen gar nicht einmal das Recht, ein Vertrauensvotum oder ein Mißtrauensvotum zu erteilen; erfahren soll es, was im Senat vorging, und danach wird es die nächsten Wahlen einrichten; da die Senatsverhandlungen überall mit der Sicherung der Amtsverschwiegenheit umgeben sind, so bedeutet das General-Konzil die offizielle Ausdehnung der Kenntnis von dem, was im Senate geschehen, auf sämtliche ordentliche Professoren. Nicht um zu ‘koramieren’, sondern um durch Neuwahl ‘Gegenmaßregeln zu treffen’ ist es da. Allein im Laufe der Verhandlungen über die Statuten ging die Entwickelung noch weiter, und schon die beiden nächsten Paragraphen zeigen uns neben dem Senat das General-Konzil als eine zweite Versammlung mit selbständiger Kompetenz und keineswegs beschränkt auf die durch das Senatsregiment veranlaßte Kritik.

§ 36: „Der Senat hat die Führung der gesetzlich ihm überwiesenen laufenden Verwaltungs- und Disziplinargeschäfte innerhalb der Grenzen der Gesetze und besonderen Vorschriften, und berichtet in eigenem Namen über die zu seiner Kompetenz gehörenden Angelegenheiten an die betreffende Behörde.“

§ 37: „Das Concilium generale entscheidet über alle allgemeinen Angelegenheiten der Universität, welche die Verfassung derselben oder die Wissenschaften überhaupt, insoweit dies nicht vor die Kompetenz der einzelnen Fakultäten gehört, zum Gegenstande haben. Ferner geschieht durch dasselbe die Verleihung aller akademischen Benefizien, die Verfügung über die Anlegung der akademischen Kapitalien, die Besetzung sämtlicher akademischer Unterbeamtenstellen unter Vorbehalt höherer Bestätigung sowie die Besorgung anderer in diesen Statuten unten noch zu bezeichnender Gegenstände.“

Hier ist die Kompetenz für jedes der beiden Kollegien abgegrenzt, und es ist klar, daß eine Versammlung wie das General-Konzil, die über alle allgemeinen Angelegenheiten der Universität, 'welche die Verfassung derselben oder die Wissenschaft überhaupt zum Gegenstande haben, entscheidet', nicht nur dann in Tätigkeit tritt, wenn es gilt, Senatsprotokolle zur Kenntnis zu nehmen. Man vergl. Bonn § 50:

„Unter verfassungsmäßiger Mitwirkung des Kurators hat der Rektor und Senat in allen Gesamtangelegenheiten der Universität die Leitung und Entscheidung, verhandelt in den erforderlichen Fällen mit den vorgesetzten Behörden, und übt bei wichtigeren Vorfällen die Disziplinargewalt über die Studierenden innerhalb der Grenzen der Gesetze und besonderen Vorschriften aus.“

Hier ist der Senat für alle Gesamtangelegenheiten zuständig, nach Königsberg § 36 nur für die laufenden Verwaltungs- und Disziplinargeschäfte.

Die Zwitterhaftigkeit des Konzils nach § 35 einerseits und §§ 36, 37 andererseits kann ich, wie gesagt, nur daraus erklären, daß die alten Statuten von Königsberg mit ihrem Ursenat während der langen Jahre, in denen über die Statuten verhandelt wurde, allmählich eine stärkere Widerstandskraft gegenüber dem Berliner Modell gewonnen haben, und daß das Concilium generale als Hauptträger der Dauerbeschlüsse in den ursprünglichen Entwurf erst hineininterpoliert worden ist. Es zeigt sich dies in mehreren Paragraphen, bei welchen als deutliches Zeichen der Interpolation das lendenlahme „oder“ = bz.[1] sich findet, um die Bestimmungen, die für den Senat ursprünglich gedacht waren, auch auf das Konzil zu erstrecken.

So sagt § 49ff.:

§ 49: „Für die pünktliche Ausführung alles dessen, was im Senate oder Concilium generale beschlossen wurde, ist der Rektor verantwortlich, in dessen Händen die vollziehende Gewalt ruht . . .“

§ 51: „Alle im Senate oder im Concilium beschlossenen und nicht auf die akademische Disziplin bezüglichen Bekannt-

1) In gleicher Weise zeigt sich dies im B.G.B. etwa bei den Bestimmungen im Vereinsrecht betr. 'die Auflösung des Vereins oder die Entziehung der Rechtsfähigkeit'; vergl. etwa § 46.

machungen an die Studierenden ... unterzeichnet der zeitige Rektor allein ...

Dagegen die Berichte des Senats oder Concilium generale an unser Ministerium unterzeichnen in der Reinschrift alle Senatoren oder resp. Konziliaren ....“

Daß hier nachträglich eingefügt ist, wird in § 51 Abs. 1 dadurch deutlich, daß das Konzil in Beziehung auf die akademische Disziplin gar nichts bekannt zu machen hat. Ganz eigenartig ist das Einschiebsel in

§ 43 Abs. 3: Jedes Mitglied hat das Recht, wenn die vom Rektor eingeleiteten Sachen verhandelt sind, einen Gegenstand im Senat zur Sprache zu bringen, muß jedoch auf Verlangen des Senats oder nur eines einzelnen Mitgliedes desselben den Vortrag schriftlich abfassen, und wird über diese Vorträge ebenfalls auf die im obigen bestimmte Weise verhandelt und abgestimmt. Dasselbe gilt vom Concilium generale.“[1])

Eine Kontroverse könnte sich aus § 45 ergeben, welcher lautet:

„Alle Mitglieder des Senats und des Concilium generale „sind zur Geheimhaltung der Senatsverhandlungen und Beschlüsse „verpflichtet, und sollen sich angelegen sein lassen, von den Be„ratungen und Beschlüssen des Senats vor deren Bekanntmachung „nichts außerhalb des Senats laut werden zu lassen.“

Hier ist natürlich zunächst nur von den Mitgliedern des Senats die Rede gewesen, denn am Schlusse werden die Betreffenden verhalten, ‘außerhalb des Senats’ nichts verlauten zu lassen. Durch die Einfügung der Worte „oder des Concilium generale“ wird der Eindruck erweckt, als wäre es beabsichtigt, die Amtsverschwiegenheit auch auf die Beschlüsse des Konzils zu erstrecken; das ist aber nicht der Fall, es soll nur die nach § 35 erlangte Kenntnis über die Senatsverhandlungen dem Konziliar Amtsgeheimnis sein.[2])

1) Als Kuriosum: Es soll die Ansicht aufgestellt worden sein, als habe auch im Konzil, nach dem Wortlaut des Paragraphen, nur einer der elf Senatoren, nicht jedes andere Mitglied des Konzils, das Recht, auf schriftlicher Abfassung zu bestehen.

2) Der Kieler Entwurf (Deklaration ad 4 a) sieht in gleichem Sinne ausdrücklich vor, daß die Verpflichtung der Senatsmitglieder zu einer Amtsverschwiegenheit ordentlicherweise gegenüber den Mitgliedern des akademischen Konsistoriums (gleich Concilium generale) nicht bestehen soll. Amtliche Schweigepflicht für das Königsberger Konzil ist nicht vorgesehen, während die Fakultäten statutengemäß Amtsgeheimnis beschließen können und sogar ex lege Amtsgeheimnis



Königsberg hat also zwei Versammlungen nebeneinander, deren Kompetenzen nicht streng geschieden sind. Die Folge ist, daß je nach den Persönlichkeiten der Schwerpunkt sich verschiebt. Wenn einmal das Ideal realisiert ist, daß die tüchtigsten Kräfte der verschiedenen Richtungen in den Senat entsendet werden, so nimmt der Senat dem Konzil die Hauptarbeit ab und es wird ungeheure Ersparnis an Arbeitskraft eintreten; denn gegenwärtig zählt das General-Konzil über 50 Mitglieder, darunter 30 der philosophischen Fakultät angehörige. Wird umgekehrt bequeme Abwicklung der Verhandlungen erstrebt, und wer tüchtig, aber unbequem, dem Senat ferngehalten, so wird alles wirklich Wichtige ins Konzil wandern müssen, und ein enormer Zeitverlust die Folge sein.[1]) Derartige große Versammlungen, die nicht nach Fraktionen gegliedert sind, leiden an einem Übel, welches in den verschiedensten Sphären[2]) beobachtet worden ist, und also wohl der menschlichen Natur zu entspringen scheint, an dem Übel nämlich, daß das Hauptinteresse, Kraft und Zeit der Beteiligten auf Formalitäten vergeudet wird, wie z. B. Geschäftsordnungsfragen. Man kann sagen, daß häufig an diesen Äußerlichkeiten die Kraft der Versammlung sich erschöpft, sodaß man nicht selten nach längerer Geschäftsordnungsdebatte zum Schaden der Sache auf schleunige Abstimmung dringt. Namentlich wenn eine Rechtsfrage ins Spiel kommt, ist der Nichtjurist stets geneigt, über der juristischen Form das juristische Wesen aus dem Auge zu verlieren,[3]) immerhin gelingt es den juristischen Mitgliedern der Versammlung, die Position bei

---

haben, bis der Beschluß aus ihrer Machtsphäre heraus ist. (Statuten der juristischen Fakultät der Universität Königsberg, § 19 Abs. 1.) Ein Beschluß des Konzils auf Amtsgeheimnis würde nur persönlich, nicht amtlich binden (ich habe daher in solchen Fällen wohl die Form gewählt, daß ich eine Mitteilung nur „intra parietes" machte.)

1) Darüber, daß auch ohne Verfassungsänderung die tatsächlichen Machtverhältnisse sich umwandeln können, s. Laband, Gehestiftung 1891 und Jahrbuch des öff. Rechts I 1 f., insbesondere S. 29.

2) Mit unsäglicher Befriedigung las ich in den Verhandlungen über die letztjährige Versammlung des Kolonial-Vereins die Bemerkung von Exzellenz Dr. Hamm, es sei geradezu lächerlich, wieviel Zeit die Versammlung damit vergeude, darüber zu diskutieren, ob sie geschäftsordnungsmäßig einen Beschluß fassen dürfe. Ich führe dies an, damit nicht etwa, was der menschlichen Natur im allgemeinen inhäriert, der professoralen im besonderen zur Last gelegt werde.

3) Vgl. Kipp, in dem Vortrag zum Gedächtnis Heinrich Dernburgs S. 27: „Wissen wir doch auch, daß jeder Laie die Jurisprudenz für einen wortdienerischen Gesetzeskultus hält!"

den warmen Quellen des Rechts zu halten, — unter derselben Voraussetzung, unter der Leonidas die seinige gehalten hätte. Am besten aber ist es, wenn es gelingt, durch Beschluß die Behandlung der Rechtsfrage auszuschalten. — Ohnerachtet dieser Mängel bin ich weit entfernt, die Konzilsverfassung, zumal für eine so entlegene [1]) und daher auf sich selbst gestellte [2]) Universität, wie Königsberg es ist, zu tadeln. Auch denken, meinen Beobachtungen nach, ehemalige Königsberger Konziliare, namentlich wenn sie schon längere Zeit aus Königsberg fort sind, nicht ungern an die Jnstitution des Konzils zurück. Es ist wertvoll, daß kein Ostrazismus die persona legitima standi in concilio nehmen kann und die Verhandlungen des Konzils bieten namentlich den jüngeren Teilnehmern eine unvergleichliche Schulung, [3]) — auch in der Menschenkenntnis, denn da die Verhandlungen nicht öffentlich sind und keine Neuwahl zur Vorsicht nötigt, gibt sich der Teilnehmer ganz natürlich.

Man kann sich die Vorzüge und Nachteile der Senats- und Konzilsverfassung an der Behandlung der 'dies academici' vergegenwärtigen: den gewöhnlichen „dies" setzt der Rektor fest; wenn es sich aber um einen „dies" handelt, der nicht einmaliger, sondern jährlich wiederkehrender Veranlassung gewidmet sein soll, so ist es offenbar ungeschickt, die Bewilligung des „dies" dadurch ins Ungewisse zu stellen, daß sie von dem wechselnden Ermessen

---

1) Das Begehren, daß die Professoren einer Universität, die die Aufgabe hat, auch die geistigen Errungenschaften des Westens dem Osten zu überliefern, und die an 600 km von den nächsten Universitaten (Berlin und Breslau) entfernt ist, eine besondere Reiseentschädigung für mehrmalige Anschlußreisen im Jahre, Königsberg-Berlin, liquidieren dürfen, halte ich für ein durchaus berechtigtes. Der Staat hat meines Erachtens ein Interesse daran, daß solche Reisen von den Professoren der Albertina gemacht werden und diese meist aus ihrer eigentlichen Heimat verpflanzten Männer sich durch Anschauung auf dem Laufenden erhalten. Von den besonderen Bedürfnissen einiger Spezialfächer sehe ich hierbei noch ab.

2) Der Ostpreuße Goldbeck, Nachrichten von der Universität zu Königsberg in Preußen (1782) S. 143 sagt:

„Meinem Vaterlande ist an dem Wohlstande seiner Universität ungleich mehr als irgend einer andern deutschen Provinz an dem Wohlstand der ihrigen gelegen. Wir haben keine anderen deutschen Universitäten in der Nähe, wie andere Länder, und die meisten unserer Studierenden sind so dürftig, daß sie aus eigenen Mitteln keine andere Universität besuchen können. Der Wohlstand Preußens, insofern er durch allgemeine Aufklärung und durch die zweckmäßige Bildung derjenigen, welche einst öffentliche Ämter bekleiden wollen, befördert wird, ist unzertrennlich mit dem Wohlstand der Universität verbunden".

3) „Manch blutig Treffen wird um nichts gefochten, weil einen Sieg der junge Feldherr braucht", sagt Wallenstein.

des Jahresrektors abhängig gemacht wird: man denke an die Palästra-Wettspiele, die in Königsberg alljährlich um die Sommersonnenwende stattfinden, und also den Ausfall von Vorlesungen erheischen: Hier hat durchaus passend der Rektor das Concilium generale befragt, wenn auch theoretisch genommen dessen Meinung nur ein unverbindlicher Rat war, — wie übrigens der Theorie nach auch das römische senatus consultum. Es ist in solchen Fällen viel vorteilhafter, einen Spruch der Vollversammlung aller Ordinarien zu besitzen, auch wenn nur ein Mehrheits-, nicht ein Einheitsgutachten herauskommt, als, was bei Senatsuniversitäten allein möglich, eine Äußerung des wechselnden Senats, die nicht immer einer wohlwollenden Kritik sicher wäre; ist doch eine möglichst gewichtige Auctorität da am Platze, wo von Korporationswegen in den Lehrbetrieb eingegriffen wird. — Ebenso, wenn eine einmalige außerordentliche Festlichkeit einen erheblich früheren Schluß des Semesters herbeiführen soll: die Zustimmung hiezu wird passend von der Vollversammlung ausgehen; denn wo Senatsverfassung ist, und also neben den Fakultäten der Senat sein Votum abgibt, wird bei Differenzen der Nicht-Senator sich leicht erinnern, daß der Senat eine Behörde ist, deren wechselnde Mitglieder sich sämtlich aus den Fakultäten rekrutieren. In solchen Fällen wird übrigens die Fakultät geneigt sein, dem Lehrbetrieb das Hauptgewicht beizulegen, der Senat wird mehr auf das äußere Verhältnis der Universität zur Öffentlichkeit blicken. Viel beruhigender, wenn statt des Senats ein Konzil entscheidet, in dem jedes einzelne Fakultätsmitglied votiert und also jeder, für oder gegen, mitgewirkt hat. — Psychologisch ist also hier die Konzilsverfassung besser, sachlich wird der Senatsentscheidung das gesteigerte Pflichtgefühl einer kleineren Versammlung zugute kommen.

Eine Besonderheit der Konzilsverfassung ist es, daß der Universitätsrichter, in allen altpreußischen Universitäten und in Münster einziges ständiges Mitglied des Senats, auch an denjenigen Geschäften teilnimmt, die dem Konzil zustehen. Da nun das Konzil nicht bloß die Behörde der §§ 35, 36, 37, sondern zugleich (§ 28) die Wahlversammlung für 'Rektor und Senat' ist, so gewinnt der Universitätsrichter, als Mitglied des Concilium generale, zugleich ein Stimmrecht für die Wahlen des Professorenkollegiums. [1])

1) In Göttingen ist der Richter seit 1890 (Manuale S. 43) Mitglied des Senats, aber nach dem Hannoverschen Reskript Pos. 5 vom 10. Oktober 1848 (Manuale S. 34) wählt nicht der Senat, sondern neben den „ordentlichen auch

Man wird diese Abnormität nicht allzu empfindlich nehmen wollen — denn was ist eine Stimme unter mehr denn 50? — aber wenn eine Wahl durch eine halbe Stimme Majorität oder bei Stimmengleichheit durch das Los entschieden wird, so hat der Richter, wenn er in diesen beiden Fällen auf der vom Glück begünstigten Seite stand, beide Wahlen entschieden. Es würde mir an sich richtig scheinen, wenn in einer Versammlung wie das Konzil der Richter als einziger ständiger Senator wohl Sitz, aber überhaupt kein Stimmrecht hätte, und nur, ähnlich wie ein Minister im Parlament, das Wort ergreifen dürfte. Eine capitis deminutio läge darin nicht; denn wenn es sich um die Wissenschaften im Allgemeinen handelt oder um die akademischen Benefizien u. ä., so pflegt sich der Richter von selbst Zurückhaltung aufzuerlegen; wenn es aber um die Verfassung der Universität und andere Rechtsfragen geht, so wird, wenn überhaupt neben der gesamten juristischen Fakultät noch ein Jurist von Nöten [1]) erscheint, des Universitätsrichters Vortrag mehr wirken als seine Abstimmung. Indessen ist diese Erörterung rein akademisch; die Statuten von Halle, welche sich an die Königsberger Statuten eng anschließen und in den Königsberger Statuten im allgemeinen ihr Vorbild sehen, haben zwar nur ein rudimentäres Concilium generale' schärfen aber ausdrücklich ein, daß der Richter mitwählt. [2])

Das General-Konzil von Halle ist gedacht wie das ursprüngliche Königsberger General-Konzil des § 35, vergl. Halle § 65:

„Alle drei Monate beruft der Rektor das Concilium generale mit Einschluß des Universitätsrichters [3]) und legt demselben die

---

die außerordentlichen Professoren" den Prorektor, die gewählten Mitglieder des Rechtspflege- und des Verwaltungsausschusses, sowie den Quästor der Universität.

1) Der Wunsch nach einem ruhenden Pol im Senat ist die offizielle Begründung der Einrichtung dieser Behörde. Vergl. Reglement vom 18. November 1819: „Die jährlichen Veränderungen in dem mit jenen akademischen Würden bekleideten Personal verhindern eine gleichmäßige Ausübung der den Universitäten verliehenen Disziplinargewalt." — Die Standschaft im Konzil ist für jeden Professor Ordinarius dauernd.

2) § 5: „der Gesamtheit der ordentlichen Professoren, des Concilium generale". § 40: „Der Rektor und die zu wählenden Mitglieder des Senats werden in dem Concilium generale, an welchem auch der Universitätsrichter mit vollem Stimmrecht teilnimmt, aus der Mitte der ordentlichen Professoren nach folgenden Bestimmungen gewählt."

3) Man beachte die Worte „mit Einschluß des Universitätsrichters", sie sind entnommen aus Königsberg § 35 „ein Concilium generale sämtlicher ordentliche Professoren mit Einschluß des Universitätsrichters".

Protokolle über die in der Zwischenzeit gehaltenen Senatssitzungen vor, indem er darüber auf Verlangen Erläuterungen erteilt.“

Allerdings tritt dazu noch der zweite Absatz:

„Außerdem ist Unser Minister der geistlichen, Unterrichts- und Medizinal-Angelegenheiten befugt, das Concilium generale mit Einschluß des Universitätsrichters zur Beratung über Gegenstände, welche weder zu den statutenmäßig dem Senate obliegenden Verwaltungs- und Disziplinargeschäften, noch zu den statutenmäßigen Attributionen der Fakultäten gehören, ausnahmsweise zusammentreten zu lassen.“

Allein soviel ich weiß, ist diese Bestimmung mehr in der Theorie als in der Hallensischen Praxis von Wichtigkeit. Vor allem aber unterscheidet sich dieser zweite Absatz von Halle dadurch von § 36 und 37 Königsberg, daß er nicht ein Konzil mit selbstständigen Initiativanträgen oder laufenden Attributen bei Benefizienverleihung, Beamtenanstellungen usw. vorsieht, sondern die Tätigkeit dieser Versammlung durchaus abhängig macht von der Initiative des Kultusministers. Dieser Unterschied kann in seiner Wichtigkeit gar nicht überschätzt werden: das römische Staatsrecht der Republik kann nur dann verstanden werden, wenn man sich vergegenwärtigt, daß das Volk und ebenso der Senat nur über die Fragen abzustimmen hatte, die ihm einer der Magistrate zur Abstimmung vorlegte. Alle diejenigen Wünsche, welche in der Brust von Tausenden ruhten, mußten schlummern, bis ein Magistrat kam, der durch Befragung die Antwort weckte. Nur auf diese Weise war das Volksregiment erträglich, und von dem Augenblicke, wo durch die Kreation zahlreicher Jahresmagistrate diese Schranke faktisch beseitigt wurde, datiert Mommsen den Verfall der republikanischen Verfassung. So ist es ein immenser Unterschied, ob eine Plenarversammlung nur die laufenden Wahlen zu vollziehen hat und im übrigen wartet, bis sie gefragt wird, oder ob, sei es eine Anzahl von Mitgliedern, etwa 1/3 (wie in Leipzig § 23 Abs. 2 beim Ordinarien-Plenum), sei es gar wie in Königsberg jedes Mitglied Initiativanträge in der Versammlung zu stellen berechtigt ist. Das Konzil von Königsberg verhält sich zum Konzil von Halle in dieser Hinsicht wie das Abgeordnetenhaus zum preußischen Staatsrat.

Da das Generalkonzil den meisten preußischen Universitäten fehlt oder hinter dem Senat zurücktritt, wird es in dem offiziellen Anschreiben der Aufsichtsbehörde gewöhnlich ‘Rektor und Senat’

genannt; hierdurch entsteht eine gewisse Latitüde bei der Behandlung der Frage, was dem Konzil und was dem Senat zukommt; es gibt aber einen Punkt, in dem es von äußerster Wichtigkeit ist, ob Senat oder Konzil zuständig; das ist die Präsentation zum Herrenhaus, welche nach dem königlichen Patent den Senaten der Universitäten zusteht: in Königsberg wählt der Senat,[1]) in Marburg steht in den Statuten, daß die Ausübung des Präsentationsrechts eines Vertreters im Herrenhause „der aus sämtlichen ordentlichen Professoren bestehende akademische Senat" (Marburg § 46) hat. In Marburg heißt Senat, was in Königsberg Konzil heißt, und dieses Senat geheißene Konzil übt das wichtige Recht statutengemäß aus, welches in Königsberg der dortige Senat (etwa = Marburger Universitätsdeputation [Marburg § 49]) um deswillen für sich hat, weil er den im königlichen Patent stehenden Namen trägt.[2]) Im übrigen ist es Tendenz für Königsberg, die wichtigeren Angelegenheiten an das Generalkonzil gelangen zu lassen. Der Wechsel in der Bedeutung des Ausdrucks Senat zeitigt mitunter wunderbare Früchte: Nach dem Statut der Kypkestiftung vom Ende des 18. Jahrhunderts und der nach ihrem Muster fünfzig Jahre später errichteten Rhesastiftung ist Aufsichtsbehörde der akademische Senat; als nun die Hausordnung der Rhesastiftung einer Änderung bedürftig erschien, erging die betreffende Frage in der Form, der Senat solle sich nach Anhörung des General-Konzils äußern. Nun ist der Senat lediglich ein Ausschuß; keine Intelligenz ist in ihm vertreten, die nicht auch im Generalkonzil vertreten wäre; Anhörung ist der Ausdruck für die Begutachtung durch eine nachgeordnete Behörde, wie denn z. B. die Statuten von Straßburg und Münster besagen, daß der Minister 'tunlichst nach Anhörung von Rektor und Richter entscheiden werde'. Gleichwohl mußte man, um in dieser über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb an Wichtigkeit weit hinausragenden Frage jedem Ordinarius Gelegenheit zur Äußerung zu geben, die 'Anhörung' des Concilium Generale durch seinen Ausschuß wählen.[3])

---

1) Gemäß der Kabinettsordre vom 20. Oktober 1854. Wollenberg, S. 127,².

2) Allerdings wäre die Deputation in Marburg, der die Dekane nicht angehören, eine zu schmale Grundlage für die Präsentation. — Nicht ohne Interesse ist es, daß nach Marburg § 51 No. 5 die Wahl des Vertreters der Universität im Kommunallandtage des Regierungsbezirkes Kassel der Universitätsdeputation obliegt.

3) Leipzig § 23 Abs. 2 Satz c drückt sich folgendermaßen aus: „Der Beschluß des Plenums ist, insofern er dem Ministerium zur Kenntnis oder zur Ent-

Sehen wir nun, in welcher Weise die Konzilsverfassung sich in späteren preußischen Universitätsstatuten wiederfindet, und welche Ausdehnung sie auf einigen neupreußischen Universitäten hat:

Konzilsverfassung ist, wie sich dies aus obigen Darlegungen ergibt, die Verfassung der Universität, welche die wichtigsten Rechte, abgesehen von der Disziplin, einem nicht durch Wahlen von seiten der Professoren, sondern durch die Berufung an die Universität sich ergebenden Kollegium vorbehält, und also das Regiment der Vertrauensmänner, die Senatsverfassung von Berlin, Breslau, Bonn wesentlich eingeschränkt.

Die alte Universität Greifswald erhielt im Jahre 1865 revidierte Statuten zu dem Zwecke, „um die dem Bedürfnisse der Zeit entsprechenden Abänderungen und Einrichtungen zu treffen und zu sanktionieren". Sie enthalten einen fünften Abschnitt 'vom Rektor und Senat und vom Konzil'; wobei 'Rektor und Senat' dem 'Konzil' gegenüber als Einheit gefaßt sind. § 41 bringt die seit Berlin übliche Umgrenzung der Senatskompetenz und daran, wie bei jedem neuen Reglement, schließen sich mit einigen Variationen die Bestimmungen über Rektor und Senat. Zum Schluß des Abschnittes (§§ 66 und 67 Pos. 21 und 22, denen nur noch die 23. vom Geschäftsgang in Patronatsangelegenheiten insbesondere folgt) findet sich: Wirkungskreis des Konzils, Versammlungen, Verhandlungen und Beschlüsse des Konzils; § 67 überträgt lediglich die Formalitäten der Senatsverhandlungen auf das Konzil, § 66 schränkt den Wirkungskreis auf Wahlen ein.

§ 66: „Der Wirkungskreis des Konzils umfaßt die Wahl des Rektors und der zu wählenden Senatoren, ferner die Wahl derjenigen Pfarrer, welche die Universität als Patron oder Mitpatron vorschlägt, sowie die Wahl der Kircheninspektoren und der Deputierten und Abgeordneten des akademischen Patronats in kirchlichen Angelegenheiten.

Außerdem gehören zum Wirkungskreis des Konzils die allgemeinen Bibliotheksangelegenheiten, sowie eine allgemeine Beaufsichtigung des Lehrwesens. Auch werden unter Genehmigung des vorgesetzten Ministeriums der akademische Buchhändler und Buchdrucker vom Konzil angenommen und die den Sprach- und

---

scheidung mitzuteilen ist, von dem Senat mit seinem Gutachten an das Ministerium des Kultus und öffentlichen Unterrichts zu bringen."

Kunstlehrern und Exerzitienmeistern zu erteilenden Bestallungen im Namen des Konzils ausgefertigt."

Das Konzil stellt sich hiernach wesentlich dar als die Berliner Urversammlung, der nur die der Universität von altersher infolge des Patronats zustehenden Wahlrechte zustehen, und ebenso einige Rechte gegenüber der Bibliothek, den Buchhändlern und den affiliierten Meistern geblieben sind. Die Bestimmung des § 124, wonach die Anstellung der Bibliotheksbeamten nach Anhörung des Konzils erfolgt, ist im Jahre 1903 außer Kraft gesetzt worden. Die allgemeine Beaufsichtigung des Lehrwesens dürfte schwerlich zu häufigen Einberufungen führen, wie denn auch im Konzil zu Königsberg Angelegenheiten, welche die Wissenschaften im allgemeinen betreffen, doch nur einen kleinen Teil der Beratungsgegenstände bilden. Danach kann man getrost sagen, daß Greifswald nach den Statuten von 1865 eine gemilderte Senatsverfassung hat.

Von den im Jahre 1866 an Preußen gekommenen Universitäten hat Kiel gerade den Abschnitt vom Rektor und Senat und vom akademischen Consistorium unterm 8. August 1874 vom Minister zur provisorischen Einführung genehmigt erhalten. Die Bestimmungen schließen sich in der äußeren Gruppierung im wesentlichen an Greifswald an, indem ein Paragraph (39) über den Senat den Anfang macht, darauf Rektor und Senat abgehandelt werden, und endlich zwei Paragraphen (Tit. 20: Wirkungskreis des Konsistoriums, § 64 Tit. 21: Versammlungen, Verhandlungsform und Beschlüsse des Konsistoriums) folgen. Der Wirkungskreis geht über Greifswald ein wenig hinaus, indem auch die Verleihung der akademischen Benefizien, und namentlich die Entgegennahme von Berichten des Senats etc. vorbehalten ist; überdies sollen: 6. Vorschläge zur Veränderung der Universitätsverfassung und 7. Wahrnehmung allgemeiner Universitätsbedürfnisse dem Konsistorium vorbehalten sein. In einer Deklaration vom 21. Juli 1876 hat das Konsistorium unter anderem seine Erwartung ausgesprochen: jährlich „vor dem Schlusse des Wintersemesters einen Bericht des Senats über seine bisherige verwaltende und disziplinarische Tätigkeit sowie im Laufe des Jahres Mitteilung besonders wichtiger administrativer und disziplinarischer Verfügungen zu rechtzeitiger Kenntnisnahme für die Mitglieder des Konsistoriums" zu erhalten, und fehlerfrei und durchsichtig die im § 45 von Königsberg verdorbene Beziehung der Senatsverschwiegenheit zum Konsistorium folgendermaßen geregelt:

„Die in § 58 bestimmte Verpflichtung der Senatsmitglieder zur Amtsverschwiegenheit besteht gegenüber den Mitgliedern des akademischen Konsistoriums nicht. Doch steht es dem Senat zu, in außerordentlichen Fällen zeitweilig Geheimhaltung seiner Verhandlungen zu beschließen.“

Vor allem aber reserviert sich das Konsistorium eine Art Kompetenz-Kompetenz, indem es die Erwartung ausspricht, daß der Senat in zweifelhaften Fällen „die Entscheidung des Konsistoriums darüber einholen wird, ob dasselbe die fragliche Angelegenheit selbst entscheiden oder dem Senat überlassen will“. So ist in Kiel ein Rahmen geschaffen, innerhalb dessen das Konsistorium die eigentlich maßgebende Tätigkeit entfalten kann. Kiel hat gewissermaßen Spannung zwischen Greifswald und Königsberg.

Marburg hat unterm 28. Oktober 1885 unter gleicher Formel der Revision für die Bedürfnisse der Zeit neue Statuten erhalten.

Darunter einen vierten Abschnitt: von dem Rektor, dem akademischen Senat, der Deputation und anderen Ausschüssen und Kommissionen.

§ 36: „Der Rektor wird von dem akademischen Senat auf ein Jahr in einer Ende Juli oder Anfang August zu haltenden Sitzung gewählt. In der Wahlsitzung ist jeder ordentliche Professor verpflichtet, zu erscheinen oder durch triftige Gründe schriftlich sein Ausbleiben zu entschuldigen. Wählbar ist jeder ordentliche Professor.“

Man würde aber, wie dies schon oben gelegentlich bemerkt worden, fehlgehen, wenn man in dem akademischen Senat das Kollegium vermuten wollte, das aus der Zahl der ordentlichen Professoren gewählt und durch den Richter verstärkt, an andern Universitäten unter diesem Namen funktioniert. Der Senat besteht vielmehr (§ 46) aus sämtlichen ordentlichen Professoren, ist also das, was anderswo Konzil, Konsistorium, Wahlversammlung genannt wird, kurz die Urversammlung der ordentlichen Professoren. Was anderswo Senat heißt, heißt in Marburg Universitäts-Deputation, bietet aber in seiner Zusammensetzung ein ganz anderes Bild, als dies bei den altpreußischen Universitäten der Fall ist:

§ 49: „Die Universitäts-Deputation besteht aus:

1. dem zeitigen Rektor,
2. dem Prorektor,

3. je einem ordentlichen Professor jeder Fakultät, welcher vom Senat gewählt wird.

Dazu tritt für Disziplinarsachen als stimmführendes Mitglied der Universitätsrichter." [1])

Die Universitätsdeputation, deren Wirkungskreis im § 51 geregelt ist, hat als wichtigstes Vorrecht gegenüber andern Universitäten mit Konzilverfassung die Erstattung von Gutachten, welche seitens der vorgesetzten Behörde über Verwaltungs- und Vermögensangelegenheiten der Universitäten verlangt werden; wichtigere Dinge der Art würden in Königsberg dem Konzil vorgelegt und „nach Anhörung 'des Konzils" vom Senate erledigt werden (S. 17). Im übrigen ist die Deputation einfach der akademische Senat der Konzil-Universität Königsberg und hat namentauch (§ 51 Pos. 1) die Ausübung der akademischen Disziplin. Sie besteht nur aus sechs Mitgliedern, denn die Dekane gehören ihr nicht an, und was der wichtigste Unterschied gegen alle altpreußischen Universitäten ist: der Universitätsrichter tritt allein für Disziplinarsachen hinzu. Der Universitätsrichter von Marburg ist also nur Amtmann im Sinne der süddeutschen Universitäten, nicht aber das beständige Mitglied des Senats, welches, im Sinne der Karlsbader Beschlüsse, „dafür verantwortlich" ist, „daß die Beschlüsse und Verhandlungen des allgemeinen Senats nach Inhalt und Form den bestehenden Gesetzen und der Verfassung vollkommen gemäß sind.

Der Senat (= dem Konzil von Königsberg) hat außer den Wahlen, zu denen, wie oben schon hervorgehoben, die Präsentation für das Herrenhaus gehört, noch (§ 46 Pos. 4): „die Beratung über Fragen der Verfassung und der allgemeinen Interessen der Universität"; doch ist er nicht befugt, „Beschlüsse abzuändern, welche andere Universitätsbehörden innerhalb ihrer Kompetenz gefaßt haben"; er ist also nicht etwa der Deputation als ihr Delegant vorgeordnet.

In der gleichen Lage wie Marburg ist Göttingen: auch diese Universität hat einen Gesamtsenat (= Konzil) und daneben, mit den Funktionen der ursprünglichen Universitäts-Gerichts-Deputation, einen Rechtspflegeausschuß und einen Verwaltungsaus-

1) Daß der engere Senat vom Rektor, von Dekanen und dem Kanzler gebildet wird, ist uralte Tatsache in Marburg (vgl. Becker: Das erste halbe Jahrhundert der Hess. darmst. Landesuniversität, 1907, S. 120, Note 204).



schuß; der letztere hat außer den Geschäften der früheren Universitätsgerichtsdeputation in Verwaltungssachen noch „diejenigen sonst dem akademischen Senate zugefallenen Geschäfte, die von diesem dem Ausschusse übertragen werden oder sonst einer Mitwirkung der Gesamtheit nicht bedürfen.“ Der Rechtspflegeausschuß ist für Rechtssachen, Disziplinar- und Polizeistrafsachen. Beide Ausschüsse haben außer dem Prorektor, dem Exprorektor und dem Universitätsrichter noch gewählte Mitglieder, der Rechtspflegeausschuß vier, der Verwaltungsausschuß sechs. Wählbar sind nur die Ordinarien, aber wahlberechtigt sind auch die Extraordinarien (Manuale S. 33 u. 34, und zur Ergänzung 35; Kabinettsordre vom 16. Februar 1880). Auch hier also wählt das Ordinarienplenum, weil ein verwaltender Ausschuß, wie ihn Königsberg neben dem Konzil hat, nicht in der gleichen Breite existiert, und darum der Name Senat lediglich dem Plenum anheimfällt.

Dagegen hat Kiel neben dem Konsistorium einen vollständigen Professorensenat, dem der Syndikus nicht angehört; da dieser Senat nicht zum Herrenhaus zu präsentieren hat, so ist für die drei neupreußischen Universitäten eine Übereinstimmung vorhanden.

Es ist oben betont worden, daß die Statuten der Universitäten einen Wiederschein der politischen Geschichte geben. Hier ist der Ort, einen Blick auf diese Erscheinung zu werfen: offenbar ist das Marburger Konzil (genannt Senat) gedacht als der eigentliche Träger der Universitäts-Autonomie. Wie die Konsuln in Rom die allgemeine Magistratur hatten, und von ihrer Kompetenz künstlich ausgeschieden die Gerichtsbarkeit des Prätors eine Sonderkompetenz bildete, wie durch das Verbot der Kabinettsjustiz den Richtern eine Spezialgewalt neben dem allgemeinen Verwaltungsorganismus gegeben ist: so stehen sich in Marburg etwa Senat und Deputation gegenüber. Die Disziplin ist Sache der Deputation; im übrigen besorgt sie die laufende Verwaltung der Universität einschließlich Erstattung von Gutachten, und hat dazu noch die Gutachten über Vermögensangelegenheiten. Dazu treten die Wahlen minderer Natur, (etwa wie in Rom die Wahlen der minderen Beamten in den Tributkomitien vorgenommen wurden), während die bedeutenderen Wahlen (§ 46 1 u. 2) dem Gesamtsenat vorbehalten sind. Wenn der § 46 Pos. 4 zum Schlusse vom Senat sagt:

„Doch ist er nicht befugt, Beschlüsse abzuändern, welche andere Universitätsbehörden innerhalb ihrer Kompetenz gefaßt

haben", so trifft dies natürlich vor allem die Disziplin, und man mag sich daran erinnern, daß in Rom ein Konsul kaum jemals in die eigentliche Gerichtsbarkeit des ihm im übrigen nachgeordneten Prätors eingegriffen hat. In Marburg ist, was anderswo Senat heißt, nach dem Namen genannt, den wir in 'ständigen Deputationen' zu finden gewöhnt sind; es ist damit als eine Art Komitee bezeichnet, dem naturgemäß auch vom Plenum (§ 51 Pos. 6: „die Erledigung der seitens des Senats ihr überwiesenen Geschäfte") Aufgaben zugewiesen werden können. Was sie von einer gewöhnlichen Kommission unterscheidet, ist die Befugnis zu eigenem Rechte, die ihr vom Plenum nicht genommen werden kann. Diese Verschiebung der Verhältnisse gegenüber den altpreußischen Universitäten tritt am deutlichsten darin hervor, daß der Gesamtsenat das Herrenhausmitglied wählt; ermöglicht durch die Benennung, wird sie notwendig durch die palpable Verkehrtheit einer Einrichtung, welche die Wahl etwa an die Deputation erwiese; denn dann würden sechs Professoren den Vertreter zu präsentieren haben. Vor allem aber zeigt sich der neupreußische Charakter dieser ehemaligen kurhessischen Landesuniversität, nunmehrigen preußischen und hessen-nassauischen Provinzial-Universität in der Stellung des Universitätsrichters.

Das Amt des Universitätsrichters, eingeführt im Jahre 1819, ist offiziell begründet durch den Wechsel der Personen in den Senaten,[1]) ist also gedacht für die Senatsverfassung. Die entscheidende Verfügung für die Folgezeit waren die Statuten von Königsberg. Denn in die bereits vorhandenen Statuten von Berlin, Bonn und Breslau fügte sich der Richter als ständiges Senatsmitglied alsbald ein, die Zahl der Mitglieder auf ein Dutzend vermehrend. Aber für Königsberg mit seiner Konzilsverfassung war die Frage zu erledigen, ob der Richter dem Gesamtheitsorgan, dem Konzil, angehören solle oder nicht. Die sprachlich singuläre Fassung: „Ein Concilium generale sämtlicher ordentlicher Professoren mit Einschluß des Universitätsrichters" zeigt, daß des Richters Teilnahme besonders betont werden sollte. In Halle ist diese Betonung in § 65 zweimal wiederholt.[2]) Hier er-

1) Reglement vom 18. Nov. 1819: „Die jährlichen Veränderungen in dem mit jenen akademischen Würden bekleideten Personale verhindern eine gleichmäßige Ausübung der den Universitäten verliehenen Disziplinargewalt."

2) In Halle spricht der § 5 von: „der Gesamtheit der ordentlichen Professoren, dem Concilium generale", (ähnlich Kbg. § 7) während Königsberg § 28 den Begriff des: „akademischen Concilium generale" undefiniert läßt.

fährt das Amt des Richters eine Steigerung, indem, wie bereits hervorgehoben, der Richter dann auch bei der Rektorwahl und den Senatorenwahlen ein Stimmrecht gewinnt, welches den Senatsuniversitäten fremd ist. Es liegt auf der Hand, daß die Königsberger wirkliche Konzilverfassung des Richters Stimmrecht und seine Beteiligung erklärlicher macht, als die Verfassung von Halle es tut, welche, wie sie überhaupt der Königsberger nicht ohne Mißverständnis und mit einigen bewußten Änderungen nachgebildet ist, das Concilium generale im wesentlichen statt einer Wahlversammlung nennt, keineswegs aber die Attribute einer ständigen Beschlußversammlung ihm überträgt. Da in Halle das Konzilium wesentlich für die Wahlen da ist, so bedeutet die Bestimmung, daß der Richter sein Mitglied ist, der Richter habe, anders als in Berlin, Bonn, Breslau, hier wie in Königsberg Rektor und Wahlsenatoren mitzuwählen; wie pragmatisch, so ist auch rein praktisch diese Bestimmung hier viel bedenklicher als in Königsberg, weil der Richter dort die einzelnen Professoren aus den häufigen Versammlungen des Konzils doch amtlich kennen und beurteilen lernt, was die Hallenser Verfassung ihm nicht gewährleistet. In Königsberg und noch mehr in Halle haben wir also einen über die Beschlüsse von 1819 hinausberechtigten Richter, in Marburg umgekehrt ist der Universitätsrichter von 1819 nur dem Namen nach vorhanden, der Sache nach der Syndikus der Vorzeit und des Südens. Der Richter von Marburg fehlt nicht nur im Gesamtsenat und ist infolgedessen an den wichtigeren Wahlen unbeteiligt, sondern er ist nicht einmal ständiges Mitglied der Deputation, tritt vielmehr (§ 49) nur für Disziplinarsachen als stimmführendes Mitglied der Deputation bei. Er ist außerdem verpflichtet, Rechtsgutachten zu erteilen; kurz, er ist Amtmann oder Syndikus. Die Selbstverwaltung von Marburg ist korporativ unvermischt wie in Kiel und sonst außerhalb Preußens.

II. Rektor oder Prorektor.

Dem Charakter der deutschen Universitäten als fürstlicher Stiftungen entsprechend finden wir z. B. in Königsberg schon in den alten Statuten vom Herzog Albrecht (von 1554) [1] ausdrücklich darauf verwiesen, daß an der Spitze der Universität auch ein vor-

1) Vgl. Anhang I S. 306.

nehmer Ehrenrektor stehen könne, und für diesen Fall der jährlich wechselnde Rector Magnificus nur als dessen Statthalter anzusehen sei und darum Prorektor geheißen werden solle: Dieses Phänomen besteht auch in unserer Zeit z. b. für die badischen Universitäten, deren landesherrlicher Protektor sich zugleich Ehrenrektor nennt,[1]) für Göttingen, dessen fürstlicher Ehrenrektor der König von Hannover, später der Prinz Albrecht von Preußen war, und es war in Königsberg fast ein Jahrhundert lang dadurch in Existenz, daß Friedrich Wilhelm IV. zu Anfang des vorigen Jahrhunders als Kronprinz Friedrich Wilhelm zum Rector Magnificentissimus ernannt wurde, und diese Würde auch als König nicht ablegte, sie also auch gerade während der Zeit führte, als die neuen Statuten in Angriff genommen, bearbeitet und erlassen wurden; nach dem Regierungsantritt Wilhelms I. hat der nachmalige Kaiser Friedrich diese Würde als Kronprinz geführt und als Kaiser nicht abgelegt. Diese Tatsache, daß an einigen Universitäten der professorale Rector Magnificus sein Jahresamt auch formell zu eigenem Rechte führt, während er an andern formell nur vikariirend für den ständigen Rector Magnificentissimus auftritt und also Prorector Magnificus genannt ist, hat zur Folge, daß derselbe Titel: Prorektor, an den meisten Universitäten den unmittelbaren Vorgänger des Jahresrektors bezeichnet, an anderen den Jahresrektor selbst; an den letzteren muß man für den unmittelbaren Vorgänger des Jahresrektors zu Verdoppelungen greifen, wie Vize-Prorektor (Königsberg), Ex-Prorektor (Heidelberg), an denen kein alter Lateiner, eher vielleicht ein Hellene sein Behagen gefunden hätte.

Diese Schwierigkeit in der Bezeichnung hat ihre statutarischen Folgen gehabt, die ich hier erwähnen darf, da sie für die Behandlung alter Schriftsteller eine Analogie nicht ohne Wert geben dürften, und andererseits das Mißverständnis hier klarer liegt, als es bei jenen die Verdunkelung durch die Jahrhunderte zuzulassen pflegt:

---

1) Dieses Rektorat ist durch das Organisationsedikt vom 13. Mai 1803 (Abs. 30) für alle Nachfolger am Fürstentum festgelegt. Abs. 30: „Rektor der Universität, die wir auf diese Art von neuem begründen, wollen Wir selbst sein und Unsern Nachfolgern in der Kur diese Würde hinterlassen; mithin ist der erste amtsführende Vorsteher des General-Studii ein Prorektor, der an Unserer Statt die Direktion der ganzen Anstalt nach den von uns ergehenden Verordnungen zu leiten habe."

Der Paragraph, der den Senat fundiert, ist, wie erwähnt, von Berlin her in die meisten preußischen Universitäten übernommen; er klingt in Berlin in den Satz aus „ein Ausschuß der ordentlichen Professoren unter dem Namen des Senats, an dessen Spitze der Rektor der Universität als Präses sich befindet“. Der gleiche Auslaut für Königsberg (§ 6) heißt: „ein Kollegium . . . das . . . den Namen des akademischen Senats führt. An dessen Spitze steht der Rektor der Universität oder der die Stelle desselben vertretende Prorektor“. Wer die Geschichte der Universität Königsberg und die Verfassung der nichtpreußischen Universitäten nicht kennt, wird, nicht ohne Verwunderung, hierin eine proleptische Ankündigung der im § 40 am geeigneten Orte vorgesehenen Stellvertretung des Rektors sehen: vergl.: „In allen Fällen der Abwesenheit und Verhinderung des Rektors im Laufe seines übernommenen Rektorats vertritt dessen Stelle sein unmittelbarer Vorgänger, nach der Bestimmung des § 33 Nr. 2“. Nicht ohne Verwunderung, sage ich, denn welcher Grund läge vor, diese Tatsache hier vorweg zu nehmen; welcher Grund vollends für Königsberg, diese selbstverständliche, aus Berlin übernommene Tatsache an einem Orte vorweg zu nehmen, an dem sie bei Berlin, Bonn, Breslau nicht erwähnt ist; welcher Grund also, wie etwas für Königsberg Neues das festzusetzen, was die Vorbilder nicht hier, sondern am geeigneten Orte anführen! — Wer aber die Geschichte kennt, und insbesondere erwägt, daß während der ganzen Dauer der Beratung der Statuten der Kronprinz Rektor, der Magnificus Prorektor, dessen unmittelbarer Vorgänger im Amte aber Vize-Prorektor hieß, und daß der König, der die Statuten erließ, die Rektorwürde beibehalten hatte, der wird in jenem Königsberger Zusatz eben den Hinweis auf die, Königsberg eigentümliche, Tatsache finden, daß bei währendem fürstlichem Ehrenrektorate an der Spitze des Senates nicht der fürstliche Ehrenrektor, sondern der die Stelle desselben vertretende professorale Prorector Magnificus steht. Die Richtigkeit dieser Auffassung wird durch die Akten der Universität nach § 6 ausdrücklich bezeugt, welche auch ergeben, daß ursprünglich allemal statt Rektor gesagt werden sollte: ‘Rektor oder Prorektor’ — im Hinblick auf das fürstliche Reservat — eine Ausführlichkeit, die später getilgt wurde, aber doch nicht durchgehend getilgt, so daß wir in einigen Paragraphen noch den Ausdruck ‘Rektor oder Prorektor’ statt ‘Rektor’ finden. Ja, ein Fakultäts-Statut spricht einmal nur vom Prorektor (= Magnificus).

Die wissenschaftlich interessante Tatsache ist nun folgende: Zu den Stellen, in welchen 'Rektor oder Prorektor', sei es aus Versehen, sei es damit hier der fürstliche Rektor noch einmal ausdrücklich ausgeschaltet werde, beibehalten ist, gehört § 17[1]), der eine für die Universitätsverfassung erhebliche Frage abhandelt:

„Die Geschäfte jeder Fakultät werden durch einen aus ihrer Mitte ernannten Dekan, dessen Amt jährlich wechselt, geleitet. Das Dekanat führen nach der Reihenfolge die in die Fakultät aufgenommenen Glieder derselben. Der jedesmalige Rektor oder Prorektor kann nicht zugleich Dekan sein, sondern übernimmt das Dekanat, welches in diesem Turnus auf ihn fallen würde, gleich nach Niederlegung des Rektorats oder Prorektorats. Die Übergabe des Dekanats findet an demselben Tage statt, an welchem die des Rektorats und die Zusammensetzung des neuen Senates erfolgt."

In Königsberg[2]) ist das Dekanat der Fakultät nicht ein Wahlamt, sondern die Vorsteherschaft in der Fakultät wechselt im Turnus. Das Dekanat ist auch ein Ehrenamt, denn abgesehen von einigen unerheblichen Revenuen aus alten Stifungen und dem Präzipuum bei der Doktorpromotion werden alle Sporteln unter alle Mitglieder der Fakultät zu gleichen Teilen verteilt. Dadurch werden den Fakultäten die Unannehmlichkeiten erspart, welche die Rektorwahl und die Senatorenwahl mit sich bringen kann. Nun gilt das Amt des Rektors als imcompatibel mit demjenigen des Dekans, das heißt, wer Rektor ist, fungiert als solcher und nicht als Dekan, auch wenn er im Turnus der nächste wäre. Diese Bestimmung ist fast allen denjenigen Universitäten gemeinsam, welche das Dekanat im Turnus übergehen lassen. So auch in Königsberg. Gerade hier nun ist für den Rektor die Phrase ‚Rektor oder Prorektor' gebraucht' woraus der Unkundige schließen könnte, daß auch der Prorektor im gewöhnlichen Sinne d. h. der unmittelbare Vorgänger des Jahres-

1) Wie z. B. auch im § 28 „das Recht den amtführenden Rektor oder Prorektor und den Senat aus seiner Mitte zu wählen, steht dem akademischen Concilium generale zu und sollen darüber die folgenden näheren Bestimmungen festgesetzt werden".

Auch hier ist es evident, daß „Rektor oder Prorektor" gleich „Magnificus" ist und „Prorektor" gleich „Magnificus existente Magnificentissimo"; denn einen unmittelbaren Vorgänger im Amte (Prorektor im Berliner Sinne) kann man nicht wählen.

2) Wie auch an manchen anderen Universitäten, z. B. in Halle, in Straßburg.

rektors, nicht zugleich Dekan sein könne. Aber auch der Unkundige nur auf den ersten Blick; denn eine nähere Erwägung zeitigt folgendes Resultat:

> „Der ‘Rektor oder Prorektor’ übernimmt das Dekanat, welches in diesem Turnus auf ihn fallen würde, gleich nach Niederlegung des Rektorats oder Prorektorats“.

Wäre nun die Meinung die, daß auch der Prorektor im gewöhnlichen Sinne, d. h. der unmittelbare Vorgänger des Jahresrektors, nicht Dekan sein könne, so wäre es sinnlos zu sagen, daß er das Dekanat jemals übernehmen solle gleich nach Niederlegung des Rektorats, denn an dieses schlösse sich ja das mit dem Dekanat unter dieser Voraussetzung incompatible Prorektorat zeitlich unmittelbar an, und darum könnte niemand gleich nach Niederlegung des Rektorats das Dekanat übernehmen.

Der Verfasser der Hallenser Statuten, die sich vielfach an die Königsberger anschließen, ist gleichwohl diesem Mißverständnis unterlegen oder wenigstens durch die Fassung von Königsberg auf den Gedanken gekommen, auch den Prorektor im Berlin-Hallenser Sinne vom Dekanat auszuschließen; denn die Hallenser Statuten sagen im § 31:

> „Die Übergabe des Dekanats erfolgt am 12. Januar und 12. Juli eines jeden Jahres.“
>
> „Der jedesmalige Rektor und der jedesmalige Prorektor können nicht zugleich Dekan sein, sondern übernehmen die Dekanate, welche nach der Reihenfolge auf sie fallen, sogleich nach Ablauf ihres Rektorats oder Prorektorats.“

Es ist beachtlich, daß dem Verfasser der Hallenser Statuten das Sprachgefühl verboten hat, so zu schreiben, wie er es den Königsberger Statuten vielleicht zugetraut hat: er schreibt in richtigem Deutsch „der jedesmalige Rektor und der jedesmalige Prorektor können nicht“, und sagt auch, „sogleich nach Ablauf des Rektorats oder Prorektorats“, denn ‘der jedesmalige Rektor oder Prorektor kann nicht’ für ‘weder der Rektor noch der Prorektor können’ ist kein Deutsch, und ‘Niederlegung des Prorektorats’ ist kein Universitätsverfassungsrecht; die Niederlegung des Rektorats nämlich ist der feierliche Akt, der mit ‘Übergabe des Rektorats’ im § 32 bezeichnet wird; eine Niederlegung des Prorektorats in dem bei diesem Paragraphen allein in Frage kommenden Sinn der Niederlegung gibt es nicht. — Nun ist es natürlich eine rein praktische Frage: soll der Prorektor zugleich Dekan sein können

oder nicht? und diese Frage gestattet verschiedene Beantwortung. Eins aber ist klar: Die Statuten von Halle, welche auch dem Prorektor das Dekanat vorenthalten, stellen ihn günstiger als die von Königsberg, da der Hallenser nach Ablauf der zwei Jahre Senatstätigkeit noch als Dekan im Senat sitzt, also seine Tätigkeit als geborener Senator noch fortsetzt: darin liegt eine gewisse Ungerechtigkeit; sie wird erträglich durch die Erwägung, daß in Halle das Dekanat halbjährlich wechselt und also die Sache nicht von großer Bedeutung ist. Aber eine den beteiligten Juristen viel mehr zur Ehre gereichende Lösung gibt Straßburg: auch hier Dekanat im Turnus: auch hier Rektor und Prorektor incompatibel mit dem Dekanat: aber das Dekanat wird nicht etwa dem Betreffenden reserviert, sondern er scheidet im Turnus des Dekanats aus.

Alle diese Erwägungen sind nur da anzustellen, wo das Dekanat im Turnus wechselt, und es scheint, daß dieser Turnus allemal auf der Grundlage der Fakultät-Anciennetät stattfindet.

III. Die Anciennetätsverhältnisse ein Palladium der Universitäten.

Ein Palladium der Universitäten nenne ich die Bestimmungen über die Rangverhältnisse der Professoren untereinander: von Berlin anfangend haben die preußischen Universitäten einen Paragraphen, der in Königsberg als § 8 also formuliert ist:

> „Der Rang der ordentlichen Professoren untereinander richtet sich nach dem Datum ihres Patents als ordentlicher Professor an einer deutschen Universität.“ [1])

Denn dieser Paragraph achtet die wissenschaftliche Korporation innerhalb der Beamtenhierarchie als ein besonderes und ein ganzes Hochplateau, nicht Spitze ist das Wesen der Korporation. [2]) Der Rang, den ein Professor für seine Person im Vergleich zu den regulären Beamten und Militärs hat, wird, da die Rangklasse

---

1) Vergl. Halle § 18, Bonn § 15. Viel schwächer Breslau § 8: „der Rang der ordentlichen Professoren untereinander richtet sich für jetzt nach dem Datum ihres ersten ordentlichen Professorenpatentes an irgend einer Universität.

2) Universitätsspitze ist der Rektor; Heidelberg Reformation N. 30 in fine sagt: „Der Prorektor ist, so lange er im Amte stehet, unter allen in Heidelberg angestellten Dienern, welchen höheren Personalrang sie auch haben, der erste, ist Vorsteher des Senats, Haupt des akademischen Gerichts und Polizeirichter der Universität.“ Jellinek S. 7.

für die Ordinarien als solche sich in Preußen niemals (auch nicht durch die Verleihung des Titels eines Geheimen Rats) hebt, für den älteren Mann stets hinter den im Staatsdienste gut fortgekommenen Altersgenossen zurückbleiben;[1]) aber dies ist gleichgültig, wenn nur eben die Korporation dadurch als etwas Besonderes geachtet wird, daß der Staat auch seinerseits darauf verzichtet, durch Rangerhöhungen in das innere Verhältnis der Korporation einzugreifen. Es ist erfreulich, zu erwägen, wie zurückhaltend auch in neuester Zeit der preußische Staat hier bei dem Bemühen sich verhält, auch nur andere Hochschulen an der Anciennetät partizipieren zu lassen. Das Recht der Korporation, auf alle Fälle nur vollen Lehrstellen an andern hohen Schulen einen Titel für die Anciennetät an Universitäten geben zu lassen, also nur die Lehrstelle mit Universitätsstellen konkurrieren zu lassen, hat er nicht angetastet. Nicht leicht findet sich ein Versuch, die Anciennetät eines Nichtlehramtes dem sie heischenden Outsider zu gewähren; nur welche Universitäten und ob ein anderes Lehramt mit zu rechnen ist, darüber behalten die neueren Statuten dem Staate die Entscheidung vor.[2]) Die Konzession, daß für den Rang der Professoren untereinander nur eine ordentliche Lehrstelle entscheiden kann, ist ein Palladium des Hochschulwesens; eine Korporation, welche ihre Rechte zu wahren weiß, wird es hochhalten.

In einzelnen sind zwei verschiedene Gestaltungen dieses Hochschulrechts denkbar: man kann eine Anciennetät berechnen von dem Augenblicke an, da irgend eine Hochschule den Betreffenden unter die Zahl ihrer Pares aufnahm, oder von demjenigen, da er als Par in die Fakultät der Hochschule trat, der er jetzt angehört. Die letztere Anciennetät wird passend für das Dekanat verwendet, da der Dekan möglichst in der Fakultät, der vorzustehen er berufen wird, Erfahrungen gesammelt haben soll. So bestimmen denn auch Königsberg (§ 8, Halle § 30 und Straßburg), und Königsberg gibt, wohl aus dem gleichen Grunde, die Vertretung des Rektors, wenn sowohl er als auch sein unmittelbarer Vorgänger im Amte unpaß sind, demjenigen unter den Senatoren: „welcher als ordentlicher Professor auf der Universität Königsberg der älteste

1) Abgesehen von den Fällen, wo ein bedeutender Mann am Abend des Lebens Wirklicher Geheimer Rat, oder, wie Ihering im Sommer 1892, Geheimer Ober-(Justiz)-Rat mit dem Range der Räte zweiter Klasse wird.

2) Marburg § 15 Abs. 1, Münster § 14.

ist.“ (Königsberg § 40 Abs. 2 Satz b.) Im übrigen besteht die allgemeine Ordinarienanciennetät für alle Universitäten, mit Ausnahme von Kiel, Leipzig, Straßburg, welche überall nur die Anciennetät auf der eigenen Universität anerkennen. „Viel Selbstgefühl und kühner Mut“ wird man ausrufen; es gehört aber zu den Akten würdevollen Hochgefühls, welche namentlich auch die Gründung von Straßburg auszeichnen, und unter denen die prinzipielle Ablehnung von Titulaturen nicht in letzter Reihe steht. —

Wenn also das Dekanat vielfach im Turnus geht, findet dagegen freie Rektorwahl gegenwärtig überall statt.[1])

---

1) Das Heidelberger Organisationsedikt von 1803 Absatz 30 sieht auch für das Rektorat einen Turnus vor mit einer Exklusiva, indem nämlich eine Zweidrittelmehrheit von schwarzen Kugeln den, der daran ist, für das laufende Semester (denn der Prorektor soll nur für ein Semester fungieren) ausschließen konnte.

„Er (der Prorektor) soll alle Semester am Schluß desselben aus den Senatsmitgliedern neu bestellt werden, und das zwar in dem Maße, daß nach einem Turnus jederzeit der Älteste der Senatsmitglieder, der vorhin noch nicht in dieser Funktion gestanden ist, einrücke, wann nicht in einer vorher unter dem Vorsitz des abgehenden Prorektors mit weißen und schwarzen Kugeln zu veranstaltenden geheimen Stimmenversammlung, bei welcher alle besoldeten Lehrer der fünf oberen Sektionen, diejenigen mit eingerechnet, welche nicht Senatsmitglieder sind, Stimme zu geben haben, zwei Drittel schwarze Kugeln ihm die Exklusive geben, als in welchem Fall er diesmal übergangen wird und sein nächster Nachfolger im Alter ohne weitere Kugelung in das Prorektorat für diesmal eintritt, er aber gleich für das nächste Mal wieder in dem Turnus Mitbewerber ist. Der Prorektor ist, solange er im Amte stehet, unter allen in Heidelberg angestellten Dienern, welchen höheren Personalrang sie auch haben, der Erste, ist Vorsteher des Senats, Haupt des akademischen Gerichts und Polizeirichter der Universität.“

Die ministerielle Verordnung vom 22. Mai 1864 hat an die Stelle dieses Turnus die Prorektorwahl gesetzt; vergl. § 1:

Der Prorektor wird alljährlich in der ersten Hälfte des Januar für die Dauer eines Jahres von Ostern bis wieder Ostern von sämtlichen ordentlichen aktiven Professoren mit absoluter Stimmenmehrheit gewählt.

Der Gewählte bedarf der Bestätigung Sr. Königlichen Hoheit des Großherzogs.“

Für das Verhältnis von Satzung und Gewohnheit bezeichnend ist es, daß die genannte Verordnung im § 3 ausdrücklich bemerkt: „Jeder ordentliche aktive Professor kann zum Prorektor gewählt werden. Die Wahl ist völlig frei und namentlich braucht dabei weder ein Turnus in den Fakultäten, noch eine Reihenfolge innerhalb einer Fakultät eingehalten zu werden“, daß aber trotzdem die Gewohnheit des Turnus in Heidelberg, ausweislich der Personalverzeichnisse, eben wie in den übrigen Universitäten im Schwange ist.

Herkömmlich, aber nicht statutarisch, ist ein gewisser Turnus innerhalb der Fakultäten, denen man es als ein Ehrenrecht bewilligt, sei es je einmal in der Reihenfolge der Fakultäten, sei es je nach der Zahl ihrer Lehrer (nicht ihrer Hörer) einen der Ihren als Rektor zu sehen. Dieses System rechnet billigerweise damit, daß auf diese Art im Rahmen der Gesamtuniversität ohngefähr die Anciennetät als ordentlicher Professor für die Rektorenkandidatur gewahrt bleibt, und gestattet daher Intercalar-Rektoren zur Ausgleichung.

Die theoretische Betrachtung würde es vorziehen, allemal den „Würdigsten" ohne Rücksicht auf Turnus und Alter wählen zu lassen; dies ist praktisch durchführbar für solche Jahre, in denen ein Besonderes (Jubiläum, Statutenänderung, Gedenktag) in Aussicht steht, und eine vorausschauende Universität pflegt für solche Jahre etwa einen bewährten Mann zum zweiten Male zum Rektor zu wählen, oder einen zu Unrecht Übergangenen nunmehr zu entschädigen.

Der § 8 der Statuten von Königsberg fährt fort:

„Dieser Rang hat indessen keinen Einfluß auf die Folge der Fakultäten bei öffentlichen Feierlichkeiten [1]), wobei nächst

1) Die alten Statuten, Kap. 21, besagen über die feierlichen Aufzüge von Ehrengästen und anderen durch Geburt oder Würde hervorragenden Männern folgendes:

„Oberster Platz: der Herzog von Preußen, dann der Rektor, dann der Bischof vom Samland, darauf folgen auswärtige Fürsten, Grafen, Barone. Dann kommt der Dekan der Theologen mit dem Burggrafen und dem Kanzler, darauf die Professoren der Theologie, dann der Dekan der Juristen, zwischen dem und den anderen Juristen nobilitate generis et virtute eximiae praestantes. Dann kommen die Doktoren der Medizin und trium urbium consules. (Die Bürgermeister von Kneiphof, Altstadt und Loebenicht.) Die Vorgenannten sitzen alle zusammen auf einer Seite, auf der gegenüberliegenden kommt der Dekan der Fakultas artium mit den (vier) Magistern, die im Senate sind; darauf die Diener des göttlichen Wortes und die übrigen Fakultätsmagister mit hervorragenden Ratsherren und Bürgern der drei Städte. Der Minister publicus (das ist der Pedell) hat für jedes Semester vom Rektor und den Dekanen für die bevorstehende Feierlichkeit und das Placement eine Art Hofansage zu erbitten und bei abiträrer Geldstrafe nach dieser Ordnung zu placieren. — Man wird sich dabei gern der energischen und erfolgreichen Art erinnern, mit welcher einer der gegenwärtig fungierenden Ministri publici den Universitätsstuhl bei der Einweihung des Domes verteidigte. — Die ganze Ordnung der Feste ist in der bei Universitätsfeiern üblichen Weise so gedacht, daß der akademische Lehrkörper einzieht und sich zu beiden Seiten des Redners niederläßt, und also für die studentische Jugend und das Publikum den Raum gegenüber dem Redner freigibt. Auf diese

dem Rektor die theologische und hierauf die juristische, medizinische und philosophische Fakultät dergestalt sich folgen, daß sämtliche [2]) ordentliche Lehrer den außerordentlichen und diese den Privatdozenten vorgehen. Ebensowenig wird dadurch der bisher bestandene Vorzug, welchen in der philosophischen Fakultät die vier ältesten Mitglieder, in den drei andern Fakultäten die zwei ältesten in bezug auf gewisse Emolumente vor ihren Kollegen genießen, beeinträchtigt.[3])

Weise wird vermieden, daß die Professoren ihren Studierenden den Rücken kehren und sie an dem freien Anblick des Redners verhindern. Die Ehrengäste nehmen mitten unter den Professoren Platz, die rechte Seite gebührt dem Rektor mit den drei sogenannten oberen Fakultäten (man beachte, daß auch die Statuten schon 'sogenannte' sagen, wie in Vorausahnung der Schopenhauerschen Ironie). Die Philosophen haben die gegenüberliegende Seite für sich. — Gegenwärtig hat den obersten Ehrenplatz, der ehemals dem Herzog reserviert war, bei den gewöhnlichen Feierlichkeiten der Kurator und Oberpräsident, über dem ihm in der Beamtenhierarchie um eine ganze Stufe vorausgehenden kommandierenden General.

2) Wollenberg S. 8 Anm. 4 sagt: „Da 'sämtliche' ordentliche Lehrer vorgehen sollen, dürften die außerordentlichen erst hinter den ordentlichen Lehrern aller Fakultäten in der Reihenfolge derselben und die Privatdozenten in gleicher Weise erst hinter allen außerordentlichen Professoren rangieren. Anders dagegen der Beschluß des General-Konzils vom 18. November 1899." Ich kann aber nicht finden, daß der Wortlaut der Statuten den Wollenbergschen Schluß rechtfertigt „sämtliche" kann sehr wohl so aufzufassen sein: sämtliche ordentliche Lehrer der Fakultät, nämlich auch diejenigen Ordinarien, die später in die Fakultät gekommen sind, vor den durch sie überflügelten Extraordinarien. Man kann sagen, daß es unpassend wäre, so zu formulieren: „wobei nächst dem Rektor die theologische und hierauf die juristische, medizinische und philosophische Fakultät dergestalt sich folgen", wenn nicht eben alle Theologen vor den Juristen, alle Juristen vor den Medizinern, alle Mediziner vor den Philosophen gehen sollten. Der Wortlaut läßt beide Auslegungen zu. Daß es angemessen ist, die Nicht-Ordinarien an ihre Fakultät anzugliedern, wird wohl von keiner Seite bestritten werden.

3) Diese Decemvirn (2+2+2+4) sind (Prutz S. 49) die alten Senatsherren der Urstatuten, nämlich die zwei Doctores der sogenannten höheren ordines und die vier Senatorabeln Magistri der Philosophen. Die philosophische Fakultät wird mit der doppelten Zahl eingeschätzt; gegenwärtig bei dem herkömmlichen Turnus der Rektorwahl sogar mit der dreifachen, indem herkömmlicherweise umschichtig ein Philosoph und ein Nicht-Philosoph gewählt wird.

IV. Das außerpreußische Konzil als Organ der Selbstergänzung und der preußische Universitätscurator.

Dem Konzil von Marburg, welches wohl die meist begünstigte unter allen Urversammlungen ist, wird ausdrücklich das Recht abgesprochen, abzuändern, was andere Universitätsorgane beschlossen haben [1]); so sollte man meinen, daß alle Konzilien vor allen Dingen niemals einen Eingriff in Beschlüsse der Fakultäten machen dürfen: ist doch der allgemeine Gegensatz in großen Zügen der: Lehre und Selbstergänzung — Fakultät; Selbstverwaltung — Rektor und Universität. Allein bei diesem großen Gegensatze gibt es 'debatable ground', — manche Frage, die unter dem Gesichtspunkt einer einzelnen Fakultät anders als unter dem der Gesamtheit aufgefaßt werden kann. In solchen Fällen pflegt ein Gutachten der einzelnen Fakultäten, und daneben ein solches der Universität, durch den Senat oder das Konzil, ins Leben zu treten; alle diese Gutachten gelangen zur Kenntnis der vorgeordneten Behörde. Man denke an die Anfrage über die Altersgrenze der Professoren; an die Frage über Zulassung des weiblichen Geschlechtes zur Dozentur. Man kann auf den ersten Blick sich wundern, daß ein Zwölf-Männer-Kollegium wie der Senat es ist, noch eine Art von privilegierten Gutachten abgeben soll, nachdem Fakultäten gesprochen haben, die wie die medizinische, an Kopfzahl dem Senat wohl gleichkommen oder wie die philosophische ihn allemal übertreffen. Man kann es auch erstaunlich finden, daß bei Konzilverfassung eine Plenarversammlung ihr Gutachten neben den Fakultäten abgeben soll, deren Summe sie im wesentlichen ist. In praxi aber kann nicht nur das Wort: „Im Staatsrat sprech ich anders“, hier seine Verwirklichung finden, sondern es ist auch möglich, daß die Aussprache der Angehörigen aller Fakultäten untereinander im Konzil dazu führt, daß frei und freundschaftlich anerkannt wird, es bestehe für jede Fakultät ein verschiedenes Bedürfnis, und das Bedürfnis jeder Fa-

---

1) Die Deputation ist freilich insofern vom Pleno abhängig, als dieses den Personenstand der Deputation im Laufe des Jahres gänzlich ändern kann. Dies ist bei im übrigen analogen Rechten stets eine mindernde Eigenschaft einer Unterbehörde; eben deswegen ist das Vorschlagsrecht der Fakultäten etwas anderes als der Bericht eines Referenten; weil nämlich der Referent vom Chef gewechselt werden kann, die Fakultät bleibt.



kultät werde durch deren Beschluß gedeckt.[1]) Als im Winter 1900/1 beim Generalkonzil die Erbittung von Externstipendien[2]) beantragt wurde, zeigte es sich, daß das Gros der Juristen ebenso dafür war, dieses Benefizium einem ausgezeichneten Jüngling während des Studiums zu gewähren, wie das Gros einer anderen Fakultät dies perhorreszierte; da diese andern wiederum gegen Stipendien nach auswärts für die Zeit nach dem Examen nichts einzuwenden hatten, so wurde der Antrag dahin gefaßt, daß die Frage, ob vor oder nach dem Examen, dem Ermessen der beteiligten Fakultät zu überlassen sei: Ob durch ein solches Verfahren ein Separatvotum immer verhindert wird, ist eine Frage für sich.

Das Eine ist bei allen preußischen Senaten und Konzilien klar: sie haben nur die Selbst*verwaltung*, nicht aber die Selbst*ergänzung* zu betreuen: diese liegt vielmehr ausschließlich den Fakultäten ob: aber an einigen nichtpreußischen Universitäten gibt es auch einen Anteil des Konzils oder Gesamtsenates an der *Berufung* der Professoren: dies ist der Fall in Rostock, Tübingen, Gießen, Heidelberg. Dort steht das Recht, dem Ministerium den Vorschlag zu machen, nicht der Teilkorporation, sondern dem Gesamtkörper, also Rektor und (Gesamt-)Senat zu. Historisch betrachtet, mag dies dem Charakter der Universitäten mehr entsprechen; dogmatisch ergibt sich folgendes: in Rostock setzt die Fakultät sechs Namen auf die Liste, welche dem Konzil eingereicht wird; das Konzil beläßt drei, ersetzt, wenn es will, die übrigen durch Männer seines eigenen Vertrauens, und berichtet so unter Anfügung des Fakultätsberichtes an das Ministerium; die Mitglieder der Fakultät, welche in lite ist, wohnen der Vor-

1) Es können sich auch Fälle ereignen, wo eine Fakultät eine Angelegenheit für sich allein beansprucht und einen Gegenstand der Beratung durch die Gesamtheit in gleicher Weise zu entziehen sucht, wie dies in dem Proteste des Bundesrates gegen die Behandlung der preußischen Polenfrage durch den Reichstag in den achtziger Jahren zutage getreten ist.

2) Externstipendien sind solche Stipendien, die an der verleihenden Universität zu erarbeiten, an einer anderen Universität zu verzehren sind.

Im Jahre 1903 hat Ludwig Friedländer, bei Gelegenheit seines achtzigsten Geburtstages, ein Externstipendium für Studierende der Albertina gestiftet. Die Tatsache, daß ein Mann, der, geborener Ostpreuße, bis zum Rücktritt vom Lehramt in Königsberg Professor, auch Mitglied des Herrenhauses für die Albertina war, ein Externstipendium für Studierende der Albertina gestiftet hat, dürfte die beste Widerlegung der Meinung sein, als enthalte der Gedanke der Externstipendien eine capitis deminutio für Königsberg.

schlagssitzung des Konzils nicht bei (Rostock §). In Tübingen fehlen die Einzelheiten der Vorschlagszahl, und die Fakultät ist nicht von der Sitzung des Senats ausgeschlossen; aber der Senat (Gesamtsenat aller ordentlichen Professoren) hat (Geschäftsordnung § 2 u. 3):

§ 2. „für die ununterbrochene Besetzung der an der Universität bestehenden Lehranstalten und für die Abhaltung der dem Bedürfnisse der Studierenden entsprechenden Vorlesungen ... Sorge zu tragen ..."

§ 3. „Begutachtung wegen Errichtung neuer Lehrstellen, wegen Beschränkung des Umfanges bestehender Lehrstellen oder wegen Vereinigung mehrerer bisher bestandener Lehrstellen; Erstattung von Vorschlägen zu Besetzung erledigter Lehrstellen und die Begutachtung der Gesuche um Anstellung als Privatdozent".

Er hat einen Generalreferenten, und erhält natürlich (§ 27) Bericht und Gutachten von der beteiligten Fakultät. Die Berichte des Konzils in Rostock und des Senats in Tübingen gehen unmittelbar an das Ministerium, doch hat in Tübingen der Kanzler nach § 51 Abs. 5 der Revision des organischen Statuts das Recht, daß ihm auf Verlangen die Berichte zur Einsicht mitgeteilt werden. Vergleicht man dies mit den preußischen Bestimmungen, so findet man in Preußen allemal und überall die Fakultäten, korporativ betrachtet, in direktem Verkehr mit dem Ministerium, staatlich aber eine Zwischeninstanz, den Kurator; in Rostock, Tübingen usw. ist umgekehrt über den Fakultäten ein korporatives Gesamtorgan für die Selbstergänzung, staatlich dagegen hat die Universität den unmittelbaren Verkehr mit dem Ministerium. In Preußen hat also der Staat ein Organ zwischen sich und die Fakultäten gesetzt; in den andern genannten Fällen besteht zwischen den Fakultäten und dem Ministerium ein korporatives Vermittlungsorgan. So groß dieser Unterschied ist, so dient doch der Vermittler beide Male demselben Zwecke: die Fakultät sorgt für sich, das Ministerium sorgt für den Gesamtstaat; Aufgabe des Vermittlungsorganes ist, einem etwaigen Ressort-Partikularismus der Fakultät gegenüber das Gesamtinteresse der Universität, und einem ministeriellen Unterbringungswunsch gegenüber das Interesse gerade dieser Universität zu wahren. Das Konzil in Rostock und Tübingen wird zum Fakultäten-Kurator; der Kurator in Preußen ist für die Berufungen begutachtende Durchgangsstation, wie jene

Konzilien außerhalb Preußens es sind — freilich er auf der gouvernementalen, die Konzilien auf der korporativen Seite. Daß der Kurator außerdem Organ oder Vertreter des Ministeriums in den Angelegenheiten des Konzils und Senates ist, ändert nichts an seiner Rolle den einzelnen Fakultäten gegenüber. In Staaten mit nur einer Universität, oder in solchen, wo die kleine Zahl der Universitäten je einen Einzelkurator nicht notwendig erscheinen läßt, ist es nicht unnatürlich, als Puffer zwischen Fakultäten und Ministerium die Gesamtvertretung der Universität einzuschieben,[1])

V. Der Stipendiencurator von Königsberg.

Die Universitäten sind durch Stiftung begründete Korporationen, welche durch den sich stets steigernden Zuschuß des Staates je mehr und mehr den Charakter als Staatsanstalten tragen, ohne darum den Stiftungscharakter ganz aufzugeben. Als Stiftungen sind sie dem Ertrage nach bedacht, der Verwaltung nach belastet mit zahlreichen Benefizien für die Studierenden und auch wohl für die Lehrer. Die Verwaltung dieser Benefizien nimmt einen nicht unerheblichen Teil der Kräfte der Selbstverwaltung in Anspruch. Jede Universität hat infolgedessen ein Organ für die Verwaltung der Benefizien. Die meisten Universitäten haben zu diesem Zwecke Kommissionen, deren wechselnde Mitglieder ehrenamtlich die Benefizien behandeln. Ihnen liegt ob die Verwaltung des Vermögens nach den Grundsätzen der Vormundschaft und zugleich die Vorbereitung des Planes für die Verteilung der Benefizien und unter Umständen die Verteilung selbst auf Grund der Zeugnisse der betreffenden akademischen Lehrer. Dieses System wurde in Königsberg bei der Einführung der neuen Statuten nicht durchgeführt, wich vielmehr dem dort bestehenden, nach welchem unter dem etwas anspruchsvollen Titel 'Stipendien-Kurator' für die gleichen Zwecke eine besoldete, aus Staats- und

1) Diese Durchgangsstation entspricht dem Charakter der alten Universitäten; so hat Greifswald 1545 für die Berufung folgende Voraussetzungen: rite prius ad professoratum toti corpori academico amembris facultatis nominatus, a toto corpore approbatus, cancellario academico praesentatus et a rege literis, ut moris, vocatus, a magnifico domino rectore in numerum professorum, praevio iuramento, sit receptus.



Stiftungsmitteln dotierte [1]) ständige Stelle bestand. Die besondere Instruktion für den Stipendien-Kurator (sie stammt schon vom Jahre 1821) blieb in Kraft, das Amt wurde in die neuen Statuten eingefügt.

Das Amt des Stipendien-Kurators war bis dahin ein lebenslängliches, ständiges gewesen; [2]) bei den Erwägungen über die neuen Statuten wurde hierüber in einer Weise verhandelt, welche über den einzelnen Fall der Stipendien-Kuratel hinaus lehrreich ist. Ein allzu häufiger Wechsel in einer solchen Stelle, die ein mechanisches Wissen über viele uninteressante Begebenheiten der Stiftungsvergangenheit voraussetzt, schien unangebracht; von der andern Seite konnte man sich nicht verhehlen, wie schwere Bedenken es habe, durch die lebenslängliche Ernennung dem Inhaber dieses dotierten Vertrauenspostens mit der Sicherheit, wider seinen Willen nicht entfernt werden zu können, die Versuchung zur Eigenmächtigkeit aufzudrängen. Man dachte zu scharf, um eine vielleicht wünschenswerte Ordnung, wonach der Stipendien-Kurator diese Stelle lebenslänglich behalten könne, mit einer solchen zu verwechseln, nach welcher er auf Lebenszeit zu wählen

---

1) Nach Wollenberg S. 16 Anm. 2 bezieht gegenwärtig der Stipendien-Kurator jährlich 1300 Mark als Gehalt und zwar:

„500 Mark Remuneration aus dem Stipendienreservefonds und 650 Mark aus einzelnen Stipendien. Außerdem bezieht er 150 Mark Remuneration als Depositarius der Universitätskasse."

In den zahlreichen neuen Stipendien für Göttingen kehrt eine Klausel wieder: „Verwaltung erfolgt unentgeltlich."

2) In früheren Zeiten hatten die einzelnen Stipendien besondere Kuratoren, (Arnoldt, 2 S. 37) später aber erfolgte die Vereinigung der Verwaltung unter der Aufsicht des Senats mit der Bestimmung:

„Der Senat ist verbunden, die ihm hiernach obliegenden Angelegenheiten durch ein Mitglied desselben in der Eigenschaft eines akademischen Kassenkurators und ersten Depositars ausführen zu lassen. Derselbe bearbeitet die hierher gehörigen Gegenstände als Referent und Dezernent im akademischen Senat und ist zunächst und unmittelbar verantwortlich . . . .

Dessen Mitglied, welches die Stelle des akademischen Kassenkurators und ersten Depositars einnimmt, ist daher nicht befugt, für diese Geschäftsführung ein besonderes Gehalt oder Remuneration zu fordern. Für jetzt wird indessen mit dieser Amtsleistung noch ein jährliches Einkommen von einhundert Talern, in monatlichen Fristen pränumerando zahlbar, verbunden; jedoch wird dem akademischen Senat empfohlen, es sich angelegen sein zu lassen, sobald als es irgend ausführbar ist, Vorschläge abzugeben, wie, unbeschadet der Dienstführung dieser Aufwand erspart und zu notwendigeren Bedürfnissen der Universität überwiesen werden könne."

sei. Man erwog zutreffend, daß das Konzil die Möglichkeit haben müsse, eine einmal geschehene unglückliche Wahl nach einer Anzahl von Jahren zu verbessern und ebenso, eine ungeeignet werdende Persönlichkeit nach Ablauf einer befristeten Amtszeit zu entfernen. So kam man zu der glücklichen Gestaltung, daß der Stipendien-Kurator auf fünf Jahre zu wählen sei. Hierdurch war die Möglichkeit gegeben, nach je einem Lustrum auch ohne Tadel gegen den bisherigen Inhaber mit dieser vielleicht ambierten Stelle zu wechseln und durch den Wetteifer verschiedener Inhaber die Amtsführung zu heben. Tatsächlich wird Gleichgültigkeit und Sentimentalität der Wähler einen Wechsel meistens verhindern, — nicht bloß dann, wenn der Stipendien-Kurator dem Amte zur Zierde gereicht — aber die Möglichkeit abgewählt zu werden, wird den Stipendien-Kurator doch stets warnen, sein Amt so zu führen, daß eine Abwählung in seinen Horizont tritt.

Von höherem Interesse noch ist folgendes: da die Universität in erster Linie eine wissenschaftliche Anstalt ist, so ist das Amt des Stipendien-Kurators mit seinen Hypothekenkäufen und Ratenberechnungen an sich betrachtet keine Spitzenstellung: als aber die Statuten von 1844 den Senat als Verwaltungsausschuß schufen, fand man es wünschenswert,[1]) daß der Vermögensverwalter ständig im Senate sitze. Es wurde also im Laufe der Verhandlungen über die Statuten festgesetzt, daß der Curator stipendiorum, solange er dieses Amt bekleide, auch Senator sein solle und ihm im Senat der siebente Posten nach den Dekanen[2]) und vor den auf zwei Jahre zu wählenden vier Wahlsenatoren eingeräumt werden solle. Es ist hiernach der vornehmste der Wahlsenatoren.

---

1) Es ist dies Ansichtssache: Gießen hat einen Stipendien-Ephorus und einen Benefiziendeputatus; die eine Stelle ist dotiert, die andere Ehrenamt; aber der Ephorus und der Deputatus sind wie der Marburger Universitätsrichter nicht ständige Mitglieder des Senats, sondern haben Sitz und Stimme nur in den Angelegenheiten ihres Dezernates: Vergl. Gießen § 26 in fine:

„In Stipendienangelegenheiten beschließt der engere Senat nach Anhörung und unter Mitwirkung des Ephorus, in Benefizienangelegenheiten nach Anhörung und unter Mitwirkung des Deputatus oder der Deputati."

2) Folgendes Kuriosum ergibt sich aus den Personalverzeichnissen: Als das erste Personalverzeichnis nach Einführung der neuen Statuten gedruckt wurde, war der Vize-Prorektor zugleich Stipendien-Kurator; es lautete also die Senatsliste folgendermaßen: Neumann, Prorektor (im heutigen Sprachgebrauch Rektor), Schubert, Vize-Prorektor (im heutigen Sprachgebrauch Prorektor), zugleich Stipendien-Kurator. Als nun im nächsten Jahre W. Prorektor und Neumann Vize-

Durch diese Bestimmung, die an sich mit den Befugnissen des Stipendien-Kurators nichts zu tun hat, wurde seine Stellung gewaltig gehoben, und es ist ein Zeugnis für den gesunden Sinn der Statutenredaktoren, daß dies sofort beachtet wurde und man sich klar machte: der Stipendien-Kurator seinen Funktionen nach betrachtet ist der Korporation nützlich aber ihrem eigentlichen Zwecke disparat; der Stipendien-Kurator als ständiger Senator ist ein wichtiges Triebrad. Mit einem Schlage ändert sich seine Stellung und weil in dem Kleinsten das Größte sich widerspiegelt, mag daran erinnert werden, daß die Stellung des Reichskanzlers, ursprünglich gedacht als die eines Unterstaatssekretärs des preußischen Ministers für die auswärtigen Angelegenheiten, mit einem Schlage zu derjenigen des Reichsministers emporschnellte als der Reichstag beschloß, der Reichskanzler übernehme durch die Gegenzeichnung der kaiserlichen Verordnungen die Verantwortung für dieselben. Der Stipendien-Kurator als Verwalter, gewissermaßen Organ des Rektorats und der Fakultäten für die Vermögensverwaltung, — der Stipendien-Kurator als ständiger Senator der einzige Professor, der von Amts wegen mindestens fünf Jahre im Senat die Gesamtverwaltung einschließlich der Disziplin mit zu führen hat. — Wenn man sich die Frage vorlegt, ob das Königsberger System den Vorzug verdient vor dem anderer Universitäten, an denen die Besorgung der Vermögensverwaltung ein Ehrenamt oder ein kärglich dotiertes, hinkendes Ehrenamt ist, von welchem nicht viel Aufhebens gemacht wird, so darf folgender Punkt nicht unberücksichtigt bleiben: der Universitätsrichter ist in Preußen das ständige Mitglied des Senats und gewinnt dadurch eine unbestreitbare Überlegenheit bei den Senatsverhandlungen, ganz abgesehen von seiner juristischen Vorbildung; auch der juristische Dekan, welcher als solcher im Senat sitzt, ist dadurch geniert, daß er im Senate meist ein Neuling ist; ein juristischer Wahlsenator kann eine gewisse Erfahrung, verbunden mit Rechtskenntnis, nötigenfalls dem Richter entgegenstellen; auch ein solcher Wahlsenator hat eine Garantie der Dauer seines Senatssitzes nur für ein Biennium, und die faktische Einrichtung von Dauersenatoren ohne besonderes Dezernat durch fort-

Prorektor wurden, klammerte sich Schubert in seiner Eigenschaft als Stipendienkurator an den nunmehrigen Vize-Prorektor Neumann und erhielt somit die dritte Stelle im Senat (vor den Dekanen), welcher Zustand erst nach mehr denn 55 Jahren reformiert wurde.

währende Wiederwahl derselben Persönlichkeiten ist sehr bedenklich, weil sie oft schädlicher 'Zunftheiligkeit' die Wege ebnet. Dagegen der Stipendien-Kurator, mit einem Dezernat ausgestattet und auf fünf Jahre gewählt, kann, wenn die Persönlichkeit danach ist, recht eigentlich das korporative Widerspiel des staatlichen Senatsmitgliedes werden, und darum ist an Universitäten, welche wie die preußischen außer Marburg und Kiel einen Senat mit dem Universitätsrichter als ständigem Mitglied haben,[1]) der Stipendien-Kurator eine korporativ im allgemeinen wertvolle Einrichtung, — wobei ich ganz davon absehen will, daß bei entsprechender Wahl die wohldotierte Stelle auch zur Ausgleichung der peinlichen Verschiedenheit der ökonomischen Lage der Kollegen dienen kann[2]). — Dagegen darf das einer Republik nicht unnatürliche Bedenken nicht aufkommen: man dürfe einem bedeutenden Mann nicht noch die äußere Macht des Stipendien-Kurators in die Hand geben: der Stipendien-Kurator vertritt de facto die Universität dem Richter gegenüber, und da diese beiden sehr viele Geschäfte miteinander abzuwickeln haben, so ist es besser, *λεοντα εν πολει τρεφειν.*

In Marburg wird ein ständiger Referent im hinkenden Ehrenamte durch den Minister ernannt.

---

1) In Gießen, wo es keinen Universitätsrichter im preußischen Sinne gibt, ist daher ganz korrekt die Mitwirkung des Ephorus Stipendiorum und des Deputatus Beneficiorum auf die Verhandlungen beschränkt, die unter sein Dezernat fallen. (Vergl. S. 289, Note 1.)

2) Da ich hier nicht mißverstanden zu werden wünsche, so möchte ich bemerken, daß ich nicht etwa der Ansicht bin, die Stipendien-Kuratel sei eine Versorgung für unbemittelte Konziliare; aber unter einer Zahl von 50 Männern wird sich stets mehr als einer finden, der es brauchen kann und den das Amt brauchen kann, und das Argument, nur wer selbst Vermögen habe, könne Vermögen verwalten, — dieses Argument sollte in Preußen nicht gewagt werden. — Der Staat hat meiner Überzeugung nach nicht das Recht, einem Professor, der eigenes Vermögen besitzt, deswegen die besoldete Anstellung vorzuenthalten; er könnte von dem notorisch reichen Manne höchstens erwarten, daß dieser sich nach der Anstellung finanziell für die Wissenschaft mehr betätigt als andere; hat doch der Staat auch nach der Anstellung Mittel, es den Säumigen fühlen zu lassen, — aber die Korporation soll, heutzutage, dem sozialen Zuge der Zeit folgend, ihre wenigen Pfründen für Unbemittelte aufbewahren.

VI. Das Professorenplenum von Straßburg und die Triarchie von Leipzig.

Zwischen die Statuten der neupreußischen Universitäten und die Greifswalder fällt zeitlich das Statut für die Kaiser-Wilhelms-Universität Straßburg vom 24. Februar 1875; gleichwohl bespreche ich es erst jetzt, denn es bietet eine Neuerung, mit der verglichen die Differenzen zwischen Senatsverfassung und Konzilsverfassung, zwischen Senat mit ständigem Richter und lediglich disziplinierendem Amtmann, zwischen Herrenhaus-Präsentation durch Konzil oder Deputation zurücktreten; Straßburg hat nämlich nicht einen Senat und ein Ordinarien-Konzil, sondern einen Senat und ein Professorenplenum; die Urversammlung in Straßburg besteht aus allen Extraordinarien und Ordinarien. Wer an die Universität Straßburg als außerordentlicher Professor berufen ist, hat nicht nur das aktive Wahlrecht für die Rektorwahl, wie das auch in Göttingen und bei den außerordentlichen Professoren gegeben ist, sondern er hat in den Angelegenheiten der Gesamtuniversität direkt ebensoviel mitzureden wie jeder ordentliche Professor der nicht Mitglied des Senats ist. Indirekt hat jeder Ordinarius das voraus, daß die Fakultäten die Senatoren wählen, und also von der Wahl der Senatoren der Extraordinarius ausgeschlossen ist. Aber die Urversammlung, welche am letzten Ende das wichtigste Wort zu reden hat, heißt das Plenum:

§ 13. „Die Universität wird vertreten teils durch das Plenum, teils durch Rektor und Senat."

§ 14. „Das Plenum der Universität besteht aus der Gesamtheit ihrer Professoren."

§ 15. „Das Plenum wählt den Rektor. Der Beschlußfassung des Plenums unterliegen:

1. alle Anträge auf Veränderung des Universitätsstatuts;
2. alle Angelegenheiten, welche der Statthalter, der Kurator, oder Rektor und Senat ihm überweisen."

Ein wichtiges Recht des Plenums bietet der § 31 Abs. 7:

Die Senatsprotokolle stehen den Mitgliedern des Plenums jederzeit zur Einsicht offen."

Damit ist ein Fortschritt gegeben, der dem Universitätswesen ebenso modifizierend wie konservierend nützen kann; die allermeisten Universitäten betrachten es als eine Axiom, daß an dem Selbstregiment der Universität, sei es Selbstverwaltung,

sei es Selbstergänzung, nur der Ordinarius teilzunehmen hat; von der hierarchia ordinis getrennt, beginnt die hierarchia jurisdictionis beim Ordinarius. Der außerordentliche Professor ist Staatsbeamter wie der Ordinarius, wiewohl ihn auch hier die wunderliche Ranggleichung mit den Assessoren als einen nur provisorisch gedachten Staatsdiener erscheinen läßt[1]). Zur Korporation steht er nur in dem Verhältnis, daß er sich ihres Schutzes erfreut, sei es durch das Medium seiner Ordinarienfakalität, sei es durch das Medium der Ordinarien-Gesamtvertretung: Korporationsrechtes übt er nicht aus.

Nun ist unter der großen Zahl der Extraordinarien eine Dreiteilung zu machen, welche zwar nicht aus dem Personalverzeichnis ersichtlich ist, aber für die Stellung entscheidet: der Extraordinarius vertritt entweder ein Fach neben einem Ordinarius oder er ist der einzige Vertreter seines Spezialfaches; im ersteren Falle ist es wiederum möglich, daß er seinem Lebensalter gemäß ein Ordinariat noch zu erwarten hat oder daß er faktisch definitiv extra ordinem haust. Während diejenigen Extraordinarien, deren Stellung ein persönlicher Übergang zu sein die Wahrscheinlichkeit hat, die Ausschließung von den Verwaltungsgeschäften im Hinblick auf die erwartete Ordination leicht ertragen werden, ist diese Ausschließung für die übrigen immer eine persönliche Kränkung und bei denen, die ein Fach allein vertreten, auch fachlich eine schwer drückende Last[2]).

Es ergibt sich auch selbst an den Universitäten, die den Extraordinarius prinzipiell von der Verwaltung ausschließen, für einen vorausschauenden Rektor öfters Gelegenheit, in der Gesamt-

---

1) So wird der außerordentliche Professor wie der Assesor vom Minister ernannt.

2) Nach dem trivialsten aller Sprichwörter hat jedes Ding zwei Seiten und so darf betont werden, daß das Ordinariat mit der Erfüllung persönlichen Ehrgeizes oft Schädigung der wissenschaftlichen Produktion bringt. In Preußen bewältigt der Ordinarius der Jurisprudeuz ein Lehrpensum von immerhin wöchentlich etwa 12 Stunden, unter denen sich Übungen mit schriftlichen Arbeiten zu befinden pflegen, da kann leicht der Lehrbetrieb den Gedankenflug lähmen. — Wer ein Extraordinariat für eine Spezialität sich schafft, die wissenschaftlich sein eigen, ist vielleicht am besten dran; für den Praecurrens auf dem Spezialgebiet mag schließlich das persönliche Ordinariat winken, welches sonst, auf Berufungen für Ordinariatsfächer angewendet, das schwere Bedenken gegen sich hat, daß auch dem 'Extraordinariat ohne Lehrauftrag' entgegensteht.

korporation auch die Nicht-Ordinarien dann und wann heranzuziehen, ohne daß das korporative System ins Schwanken gerät.

Einen Übergang hierzu bildet die Witwen- und Waisenkasse, [1]) welcher von Rechtswegen alle Ordinarien und Extraordinarien angehören und deren Generalversammlung aus allen Ordinarien und Extraordinarien besteht. Wenn die Witwen- und Waisenkasse Erhöhung der Bezüge beantragt, stimmt deren Plenum ab, dem alle Ordinarien und Extraordinarien, natürlich aber nicht der Universitätsrichter, angehören; über die bei weitem wichtigere Frage der Erhöhung der Professorengehälter erwägt und beschließt nur das Concilium generale der Ordinarien, und handelt bei dieser allerintimsten Privatfrage zugleich im Namen der Extraordinarien, von denen einige im höheren Lebensalter stehen als ihre Fachordinarien, andere wiederum Institute von selbständiger Bedeutung leiten. Bei solcher Frage, die ganz aus dem Rahmen der Normalverwaltung fällt, wäre es meiner Empfindung nach angemessen, eine Plenarversammlung zu berufen und ihre Eingabe machen zu lassen, wobei die formalistische Frage, ob hier überhaupt ein Majoritätsbeschluß möglich, nicht der Rede wert ist: es können im schlimmsten Falle alle diejenigen unterschreiben, denen die Meinung der Mehrheit und das von ihr ausgearbeitete Gutachten passend erscheint, und die erstmalige Vereinigung der verschiedenen Elemente wird, wie das zu geschehen pflegt, ein geistig hochstehendes Produkt hervorbringen.

Juristisch minder anfechtbar und würdiger ist die statutarische Bestimmung, welche der kunstvolle Aufbau des Straßburger Systems ist:

Das Plenum ist hier, wie schon oben bemerkt, im wesentlichen gedacht wie die römischen Volksversammlungen, indem die weitaus wichtigste Position 2 es über die Angelegenheiten beschließen läßt, welche 1. der Statthalter (ursprünglich der Reichskanzler), 2. der Kurator oder 3. Rektor und Senat ihm überweisen. Das Plenum hat also nur zu antworten, wenn die Instanzen es fragen, so wie die alten römischen Comitien nur zu antworten hatten, wenn der Diktator oder Konsul oder der Prätor sie fragten; das Plenum

1) Sie bietet das eigenartige Schauspiel einer Körperschaft, bei der der Staat wie ein Schadlos-Bürge für jedes Defizit einspringt. Sie bezahlt zunächst die Beträge; soweit ihr Vermögen nicht ausreicht, füllt der Staat zu. — So soll in Bayern auch die Besoldung der Professoren zunächst aus Universitätsfonds geschehen.



entbehrt der Fähigkeit zu Initiativanträgen. Dieser Punkt ist außerordentlich wichtig, denn es bleibt demjenigen, oder derjenigen Gruppe, die einen bestimmten Plan hat, nur übrig, zu warten, bis sie die Mehrheit des Senats oder auch die Aufsichtsinstanz soweit für sich gewonnen haben, daß mindestens die Frage gestellt werden darf. Es kann hiernach in der Theorie die Gesamtheit der Extraordinarien und $^{9}/_{10}$ der Ordinarien für eine Angelegenheit positiv eingenommen sein; wenn die Aufsichtsinstanz und die zufällige Senatsmehrheit nicht will, so gelangt die Sache nicht zur Verhandlung (actio non datur). Anträge auf Änderung des Universitätsstatuts sind freilich dem Anscheine nach als Initiativanträge möglich; aber dies ist von untergeordneter Bedeutung, da die Beschlüsse in diesem Falle durch die Instanzen bis an den Kaiser gehen und also ein Plenarbeschluß gegen Senator, Kurator, Statthalter aussichtslos ist.

Wenn wir nach dem Ursprung dieser Ordnung fragen, so tritt uns ein Vorbild in den Leipziger Statuten entgegen. Leipzig kennt im ersten Abschnitt: Senat, Plenum und Universitätsversammlung und versteht unter dem Plenum alle Ordinarien und unter der Universitätsversammlung alle Ordinarien und Extraordinarien (§ 22, 28). § 29 bemerkt: „Der Geschäftskreis der Universitätsversammlung umfaßt die Wahl des Rektors und des Abgeordneten der Universität zum Landtag.“ Ebenso hat auch Göttingen wie oben erwähnt (S. 264 Note 1), die Extraordinarien zum aktiven Wahlrecht zugelassen, nicht bloß für die Rektorwahl, sondern auch für die Ausschüsse und den Quästor. — Straßburg hat von Leipzig den Ausdruck Plenum übernommen, aber wie an einigen Universitäten Senat das bedeutet, was in Königsberg Konzil, so bedeutet in Straßburg Plenum nicht das Ordinarien-Plenum von Leipzig, sondern die Universitätsversammlung von Leipzig, nämlich die Summe der Ordinarien und Extraordinarien.

Leipzig gibt dem Plenum außer der Besetzung einiger Stellen, die mit der Lehre nichts zu tun haben, und der Verleihung der Stipendien, die der Universität ohne Beschränkung durch andere Kuratoren oder auf Angehörige bestimmter Familien zusteht, wesentlich den Beschluß über diejenigen Angelegenheiten, welche das Kgl. Ministerium des Kultus und öffentlichen Unterrichts demselben zur Begutachtung zuweist. Der Rektor und ebenso der Senat haben beide das Recht, Anträge an das Plenum zu bringen, soweit diese Anträge die Universität und die akademischen Studien

im allgemeinen betreffen, und in solchen Angelegenheiten muß der Rektor das Plenum berufen, wenn ein Drittel der Mitglieder eine Versammlung beantragt. Dies sind die Bestimmungen für das Leipziger Ordinarienplenum. Das Straßburger Professorenplenum ist einmal mit der Statutenänderung befaßt, mit dieser aber auch im Wege des Initiativantrages, kann sodann nicht bloß von der Staatsbehörde, sondern auch von Rektor und Senat mit jeder Angelegenheit befaßt werden, und ist drittens in keiner Angelegenheit außer der Statutenänderung zur Initiative rechtlich fähig. Gleichwohl ist das Leipziger Ordinarienplenum nicht nur dem Namen nach, sondern auch in Rücksicht auf die Kompetenz die dem Straßburger Plenum nächststehende Versammlung. Das Plenum in Straßburg vereinigt in sich die Kompetenzen des Plenums und der Urversammlung von Leipzig mit den oben hervorgehobenen Abweichungen. Hier drängt sich die Frage auf, ob die Trennung der Gewalten, wie sie in Leipzig durchgeführt ist, vor der Straßburger Einheit den Vorzug verdient. Bei dem Straßburger System ist die eine Versammlung sehr groß, die andere klein; so liegt die Gefahr nahe, daß das Plenum nicht in Aktion tritt und der Senat der rechten Fühlung entbehrt. Leipzig schiebt zwischen die Universitätsversammlung (= Straßburger Plenum) und den Senat von 19 Männern das Ordinariumplenum, ohne die Kompetenzen des Königsberger Concilium generale.

In Straßburg ist die Versammlung aller Professoren, das Plenum der Ordinarien und Extraordinarien nicht auf Wahlen beschränkt, sondern hat als wirkliche Urversammlung auch eine sachliche Zuständigkeit. Verfassungsänderungen kann es beantragen und über alle andern Dinge kann es von den Instanzen befragt werden. Dies ist die große Neuerung, welche Straßburg der reichsdeutschen Universitätsverfassung gebracht hat; sie scheint nicht auf Straßburg beschränkt bleiben zu sollen; die dreißig Jahre später konstituierte preußische Universität Münster übernimmt die Straßburger Plenarverfassung, ein Ergebnis, zu dem wohl mitgewirkt haben wird, daß die maßgebende Persönlichkeit im preußischen Kultusministerium ihre Erfahrungen in Straßburg gesammelt hatte.

De lege lata besteht in Straßburg ein Recht für die außerordentlichen Professoren ebenso wie für die ordentlichen bei der Rektorwahl und (abgesehen von Statutenänderungen) auf Befragen der Instanzen. Das Recht, die Senatoren zu wählen, ist in

Straßburg wie anderswo auf die Ordinarien beschränkt. Wenn ich recht sehe, ist hier gerade die Verfassungsgrundlage des Plenums Veranlassung geworden zu einer weiteren Neuerung. Man vergegenwärtige sich, daß das Plenum den Rektor wählt; es wäre aber ungeeignet, auch die Wahlsenatoren vom Plenum küren zu lassen; denn da der Extraordinarius selbst nicht wählbar ist, so würde es nicht in der Form liegen und für ihn selbst kaum wünschenswert sein, daß er, ohne das ius honorum seinerseits zu besitzen, neben dem zugleich repräsentativen Rektor auch die Mitglieder des collegii senatus wähle, welches dem Rektor zur Seite steht. So wurde auch in Rom wohl der Beamte, aber nicht der Senat, der Rat des Beamten, vom Volke gewählt, vielmehr wählte sich in Rom der Beamte seinen Rat ursprünglich selbst [1]), später wurde diese Wahl einer Spezialmagistratur, dem Zensor, übertragen; die Urversammlung in Rom hat niemals den Senat gewählt. Der römische Senat war und blieb eine Anstalt, dem Magistrat auf Befragen Rat zu erteilen, deshalb stimmte der fragende Magistrat auch niemals mit [2]), ebensowenig seine Kollegen gleichen oder niederen Ranges, welche mit ihm im Amte waren und der Sitzung beiwohnten; sie redeten wohl, aber sie stimmten nicht. Auch der römische Senat bestand, wenn man will, aus Jahresbeamten und Wahlsenatoren, sowie die Universitätssenate aus Rektor, Dekanen und Wahlsenatoren; der durchgreifende Unterschied in der Verfassung ist nur der, daß im römischen Senat, wie in einem Staatsrat, jeder, der ihm einmal angehörte, blieb: der aus dem Amte scheidende Magistrat blieb Senator und erhielt das Stimmrecht, und der zensorische Wahlsenator blieb Senator mit Stimmrecht auf Lebenszeit oder bis zur Kassation, während nach der heutigen Universitätsverfassung alle Professoren ausscheiden. Aber die Analogie für unsere Verhältnisse ist diese: den Magistrat wählt das Volk, den Rat des Magistrats wählt er

1) An einer Universität soll (so höre ich) das Recht des römischen Beamten, seinen Rat selbst zu wählen insofern in Ausübung sein, als faktisch der Rektor die ihm genehmen und wünschenswerten Ratsmänner vertraulich vorzuschlagen pflegt; soweit ich unterrichtet bin, pflegen diese Kommendationen des Rektors faktisch den Erfolg zu haben, wie diejenigen Caesars, wenn sie auch nicht ins pragmatische Staatsrecht übernommen sind, wie diejenigen, die dem Augustus für Magistratswahlen zugestanden wurden.

2) Ähnlich hat sich in Tübingen der Rektor normalerweise der Stimme zu enthalten. Aber gerade bei Stimmengleicheit ist er frei und hat also den Ausschlag zu geben. Tübingen § 21 Abs. 5.

oder ein besonderer Magistrat. Wollte man die Senatoren nicht durch das Plenum, sondern etwa durch die volle Versammlung der Ordinarien wählen lassen, so würde dies den Unterschied zwischen Ordinarius und Extraordinarius unterstreichen, eine Vollversammlung der Ordinarien ist in der Verfassuug der Universität Straßburg nicht vorgesehen; deshalb wohl ist die Wahl der Senatoren schon rein äußerlich passenderweise an die Fakultäten verwiesen, welche aus ihrer Mitte je einen Senator auf je ein Jahr wählen: Die Bestimmung lautet:

„Der Senat besteht aus je einem von jeder Fakultät aus ihrer Mitte in der ersten Woche des August zu wählenden ordentlichen Professor, welcher mit dem Beginn des Wintersemesters in den Senat eintritt. Das Wahlverfahren ist das nämliche wie bei der Rektorwahl."

Zum Vergleich setze ich die Königsberger Bestimmung hierher:

§ 38,8—11: „Der Senat besteht aus vier aus den ordentlichen Mitgliedern der Fakultäten von der Versammlung der ordentlichen Professoren auf zwei Jahre zu wählenden Senatoren, von welchen einer das Protokoll während der Sitzungen führt."

Die Straßburger Bestimmung garantiert zunächst jeder Fakultät einen Senator, während nach der Königsberger Ordnung es möglich ist, daß die philosophische Fakultät, an Zahl stärker als die drei übrigen Fakultäten zusammengenommen, einer Fakultät den Senator verweigert und an dessen Stelle einen der Ihrigen setzt.[1]) Die rein formale Zusammensetzung des Wahlsenats aus je einem Mitglied der Fakultäten findet sich z. B. auch in Marburg

---

1) Im letzten Jahre waren im Königsberger Senat außer dem Universitätsrichter folgende 11 Professoren; Philosophen: 6 Rektor; Prorektor (infolge der Versetzung des vorigen Rektors nach Bonn); Dekan der Philosophen; Stipendien-Kurator; zwei Wahlsenatoren = 6, also die absolute Mehrheit unter den 12, da der Rektor bei Stimmengleichheit den Ausschlag gibt. Außerdem von Theologen und Medizinern je der Dekan und ein Wahlsenator; von den Juristen der Dekan.

An dieser Zusammensetzung haben, wie ich aus der „Hartungschen Zeitung" ersehe, auch die Wahlen für 1908 zu gunsten der Zahl der Juristen nichts geändert, indem für den ausscheidenden Professor aus der philosophischen Fakultät wieder ein Fakultätsgenosse gewählt wurde. Daß durch eine solche Zusammensetzung die Macht des Universitätsrichters gesteigert wird, liegt auf der Hand. Inzwischen ist, durch den Fortgang eines Philosophen von Königsberg, die Möglichkeit einer Remedur eingetreten und realisiert worden.

(§ 49 Abs. 3: „je einen ordentlichen Professor jeder Fakultät, welcher vom Senat gewählt wird") und Münster (§ 36a), genügt aber für sich nicht, um der Fakultät zu geben, was ihr wirkliches Recht ist und was ihr berechtigtes Interesse verlangen kann: Herrscht Friede oder auch eine gesunde Kampfordnung in der Universität, so wird ohnehin jede Fakultät den Senator bezeichnen und durchsetzen können, den sie wünscht; im umgekehrten Falle kann es bei der Marburger Bestimmung dahin kommen, daß eine Fakultät sagt: lieber keinen als den, und er nun ihr zum Trotz gewählt wird, — wobei ich der Sicherheit wegen ausdrücklich bemerke, daß mir ein Fall einer solchen Senatorwahl nicht bekannt ist. Die Straßburger Bestimmung dagegen gibt der Fakultät das Wahlrecht und garantiert damit der Fakultät, daß sie nicht nur einen Senator aus ihrer Mitte erhält, sondern in dem Senator einen Vertrauensmann.[1])

Dagegen glaube ich, daß in einer andern Hinsicht das Straßburger Statut, vielleicht durch die Anschauung anderweitiger Mißstände geleitet, allzu radikal verfährt; es läßt den ganzen Senat, soweit er wählbar, auf je ein Jahr gewählt werden. Ein Jahr ist eine genügende Zeit, um sich einzuarbeiten, eine kurze, um danach schon wieder abzutreten. An sich liegt ja in der befristeten Wahl kein Widerspruch dagegen, daß jemand eine Stelle lebenslang sogar behalten kann. Es kann sein, daß de jure einjährige Wahl und de facto Lebenslänglichkeit herrscht; es kann umgekehrt zwei-, ja vierjähriger Turnus herrschen, und doch ein Wechsel in den Senaturen stattfinden. Nun muß man für einige Universitäten so erwogen haben: faktische Dauersenaturen einzurichten, und denjenigen, dem der Zufall oder eine aus Heterogenen sich zusammensetzende Majorität oder vielleicht auch wirkliche augenblickliche vorzugsweise Tüchtigkeit einmal

1) Auch Leipzig läßt die Senatoren von den Fakultäten aus ihrer Mitte wählen (§ 5). -- Der Leipziger Senat besteht aus 19 Mitgliedern; das ist allerdings etwas viel; aber man könnte doch de lege ferenda daran denken, je einen Senator von den Fakultäten (von der philosophischen 2) wählen zu lassen und daneben eine Anzahl vom Plenum, damit auch der Vertrauensmann der Gesamtheit neben dem Vertrauensmann der Fakultät sitze; nur dann ist ein ungesunder Zustand vorhanden, wenn das Plenum allein die Senatoren wählt, und also imstande ist, einer Fakultät ihren angeblichen Vertrauensmann aufzudrängen.

Welche Erfahrungen man im übrigen in Leipzig mit der dreifachen Gliederung gemacht hat, ist mir nicht bekannt. Auf Münster ist die Straßburger Einrichtung einfach übertragen; nur wählt dort das Plenum auch die Senatoren (Münster § 38). —

die Senatur verschafft hat, immer wieder zu wählen, schadet der Sache, indem es den Senat des frischen Blutumlaufs entbehren läßt, und gefährdet das gesunde Empfinden, indem der ursprünglich durch das Amt sich geehrt fühlende allmählich sich überzeugen mag, daß er umgekehrt das Amt ehre, und nicht er der Majorität für deren Vertrauen, sondern die Gesamtheit ihm für die Tätigkeit zu besonderem Danke verpflichtet sei — für eine Tätigkeit, von der er vermöge der vis inertiae vielleicht gleichbefähigte Kollegen fernhält. Deshalb haben einige Universitäten Garantien gegen ein zu langes Verbleiben der Wahlsenatoren im Senat: Bonn hat zweijährige Wahlperioden und läßt die Eintretenden, mit Ausschluß der beiden Austretenden, aus den übrigen ordentlichen Professoren gewählt werden. Breslau § 15 hat eine ähnliche Bestimmung, auch Marburg § 50 Abs. 2 Satz b, ebenso Halle § 50 Abs. 1, Königsberg umgekehrt hat die Wiederwahl ausdrücklich zugelassen durch die Bestimmung des § 34 Abs. 2:

„Die Wahl geschieht, wie § 29 bestimmt worden ist, nur mit dem Unterschiede, daß die ausscheidenden Senatoren sogleich wieder gewählt werden können, und daß dasselbe Fakultätsmitglied so oft nacheinander das Geschäft eines Senators verwalten darf, als Stimmenmehrheit für seine Wahl sich findet.“

Eine Praxis, welche von diesem Recht Gebrauch macht, ist dort um deswillen erträglich, weil die Konziliare in Königsberg vor den Riß treten können; man kann sich vorstellen, daß Erfahrungen mit dieser Praxis anderswo den Wunsch nach einem raschen Wechsel gebieterisch werden lassen: aber je ein Jahr und dann Wechsel heißt die Kräfte zwecklos verbrauchen.

Ganz eigenartig gestaltet sich in Straßburg das Verhältnis des Senats zu den Fakultäten und dasjenige der Universität zu der Staatsbehörde.

In den preußischen Universitäten herrscht der Grundsatz, daß die Selbstergänzung nur Sache der Fakultäten ist: die Fakultäten verkehren direkt mit der Regierung, ohne daß der Senat und das Konzil auch nur Kenntnis erhält. Das Gesamtinteresse des Ortes soll der Kurator wahren. In kleinerstaatlichen Universitäten umgekehrt faßt der Gesamtsenat das Interesse der Universität zusammen, indem er selbst beschließt, wie in Tübingen, Rostock, Gießen, oder nur begutachtet wie in Heidelberg. Nun ist das Kuratorium gedacht als „die Unser Ministerium an Ort und Stelle

vertretende Behörde" (Königsberg § 2 Abs. 2), „das Organ des Ministers zur Wahrnehmung" der vorgenannten „Obliegenheiten" (Halle § 9 Abs. 2). Aus der Königsberger Bezeichnung folgt, daß wo der Minister residiert, ein Kurator insofern vom Überfluß ist, als der Minister die Interessen des Platzes selbst oder durch seine Referenten zu beobachten in der Lage ist; ja diese Beobachtung wird für das Ministerium eine tagtägliche wertvolle Bereicherung seiner Erfahrungen auch für die andern Universitäten bilden. Nichtsdestoweniger macht der Geschäftsgang eine bürokratische Zwischeninstanz zwischen den Fakultäten, wie auch dem Senate auf der einen und dem Minister auf der andern Seite wünschenswert, und so sind mit der Wahrnehmung der Geschäfte des Kuratoriums in Berlin beauftragt der jeweilige Rektor mit dem ständigen Richter, d. h. also in Senatssachen berichtet ein Ausschnitt des Senats über den Senat. In Straßburg lagen bei der Gründung die Verhältnisse so: Minister: der Reichskanzler; Straßburg einzige ihm unterstehende Universität, Universität vom Minister durch die Entfernung von halb Deutschland getrennt. Infolgedessen ergab sich ein sehr kompliziertes System: die örtliche Trennung vom Minister forderte einen Kurator, die Tatsache, daß Straßburg einzige Reichsuniversität, schien eine Begutachtung der Wünsche der einzelnen Fakultäten durch das Organ der Gesamtuniversität in ähnlicher Weise wünschenswert zu machen, wie dies in Rostock und Tübingen der Fall ist.

So hat man denn in Straßburg den Fakultäten für die Berufung den unmittelbaren Verkehr mit dem Kurator belassen (§ 7) und das Gutachten des Senates nur auf den Fall angeordnet, daß die Vollständigkeit des Vorlesungsplanes nicht erreichbar ist [1]). Für diesen Fall bestimmt § 8 Abs. 2:

> „So macht die Fakultät hiervon durch Vermittlung des Kurators dem Statthalter (ehemals Reichskanzler) unter Darlegung der Gründe Anzeige und stellt die für die Ergänzung notwendigen Vorschläge. Gleichzeitig ist diese Darstellung von der Fakultät dem Senate mitzuteilen, welcher befugt ist, seine gutachtliche Äußerung abzugeben".

In diesem Falle kommen also nach der ursprünglichen Ordnung Fakultät, Senat, Kurator und Reichskanzler in Betracht, wobei aber

1) Die Universität Leipzig vermeidet eine solche Begutachtung oder gar Entscheidung von Seiten des Senats.



hervorzuheben ist, daß die Äußerung der Fakultät dem Senate nur mitzuteilen, nicht durch den Senat dem Kurator einzureichen ist. Es soll bei diesem Kompromiß der Senat wohl ein Wort mitzureden haben, wenn durch häufige Anträge dieser Art das Zahlenverhältnis der Professoren, etwa infolge Abneigung einzelner Gelehrter gegen einen ausgedehnten Lehrauftrag, allzusehr sich zu verschieben droht. Erwähnt werden mag, daß eigenartigerweise von der Fakultät dem Senate gerade der Fall mitgeteilt werden muß, für welchen die preußische Regierung nach dem Wortlaut der preußischen Statuten nicht gehalten ist, Vorschläge entgegenzunehmen: denn das Vorschlagsrecht bezieht sich nach dem Wortlaut (von Königsberg, juristische Fakultät § 22) [1]) nur auf den Fall: wenn ein ordentlicher juristischer Lehrstuhl erledigt ist, nicht auf den der Errichtung einer neuen Stelle.

Als Fürst Bismarck die Errichtung eines Statthalteramtes für Elsaß-Lothringen ins Werk gesetzt hatte, trat an die Stelle des Reichskanzlers als des Ministers für die Universität Straßburg der Statthalter, der daher in die Statuten überall an Stelle des Reichskanzlers eingesetzt ist[2]). Straßburg hat nunmehr seinen Minister an Ort und Stelle, hat aber daneben einen Kurator und auch noch einen Kuratorialrat oder Vizekurator, so daß in loco eine Fülle von Instanzen vereinigt ist: nur Statutenänderungen und Ernennungen vollzieht der Kaiser.

Anhang. Regiomontana.

I. Die alten Statuten.[3])

A. Tübingen und Königsberg. — Senat.

Königsberg hat, wie viele Universitäten, z. B. Tübingen und Leipzig, alsbald nach der Gründung, nicht einmal, sondern mehr-

1) Da nun nach Königsberger Universitätsstatuten § 15 das Recht der Fakultäten anerkannt ist, „wenn sie sich nicht für vollzählig halten mit Gründen belegte Vorstellungen zu machen", so handelt es sich um das Prävenire. Empfindet nämlich die Fakultät eine Lücke, welche nicht durch Erledigung eines ordentlichen Lehrstuhles hervorgerufen ist, so kann sie vorschlagen; empfindet der Minister eine solche, so kannn er, formal betrachtet, von sich aus ernennen.

2) Es hätte bei dieser Gelegenheit Straßburg aus der Reichslandes-Universität zur Reichs-Universität werden und den Reichskanzler als Minister behalten können, wie die Reichsverwaltungen in Elsaß-Lothringen. Dies ist nicht geschehen; die Folgen für die Universität wären erhebliche gewesen.

3) Vergl. Arnoldt, Historie der Königsberger Universität, Bd. 1. Töppen, Die Gründung der Universität Königsberg und das Leben ihres ersten Rektors Georg Sabinus.

mals Statuten empfangen. Bei Königsberg sind die ursprünglichen Statuten, von 1546, nur acht Jahre in Kraft geblieben; dann folgten die von 1554, welche erst durch die neue Kodifikation unter König Friedrich Wilhelm IV. außer Kraft gesetzt wurden. Die Verschiedenheiten der beiden alten Statuten (aus dem 16. Jahrh.) haben den historischen Hintergrund der Kämpfe des Senats gegen den vom Herzog erkorenen Rektor Sabinus; diese Kämpfe endigen im Einverständnis beider insofern die neuen Statuten darauf verzichten, einen lebenslänglichen Rektor zu bestellen, die Wahl vielmehr, wie auch sonst üblich, auf ein Semester festsetzen. Es kommt hier der Gegensatz der bedeutenden Persönlichkeit, durch welche die Institution kreiert wird, und des Nachfolgers in das instituierte Amt zum Ausdruck; die Konstitutionen von 1546 (Prooemium) wollten Sabinus als ersten und einzigen Rektor perpetuus, und da es mit Sabinus nicht zu gehen schien [1]), lag kein Grund vor, auf Perpetuität zu bestehen. Die zweiten Statuten von 1554 nun sind im wesentlichen gleich den Tübinger Statuten, welche i. J. 1537 gegeben wurden, und zu Verfassern (nach der Vermutung des Herausgebers R(oth?) der Urkunden zur Geschichte der Universität Tübingen S. 231): Joachim Camerarius und Johannes Brens haben sollen.

Tübingen und Königsberg 1554 haben einen Senat, der den Rektor, alle Professoren der sogenannten oberen Fakultäten und den Artistendekan mit einer Anzahl Artisten (im heutigen Sprachgebrauch: Philosophen) beherbergt. Des Näheren ergeben sich Verschiedenheiten.

Es ist mir nicht gelungen, festzustellen, ob die Änderungen und Zusätze, welche Königsberg 1554 gegenüber Tübingen 1537 aufweist, autochthon oder von gemeinsamen Quelle entlehnt sind.

Den Königsberger Statuten (1554) fehlt die unserem Geschmack so fern liegende Einleitung über die Notwendigkeit zeitlich wechselnder Ordnungen; eine solche Einleitung steht vor den Königsberger Constitutiones (1546), in den von Tübingen (1537) und, besonders schwülstig, Greifswald (1544).

Dann aber harmonieren Const. Reg. und Stat. Tub. kapitelweise. Die Abweichungen von Reg. zeigen teils ein an Justinian

1) Arnoldt I S. 129: „Übrigens, so wurde dem Sabinus, durch dessen Hände diese Constitutiones gegangen, zwar der Vorwurf gemacht, er habe einiges eigenmächtig in die Statuten eingerückt, so ihm nicht aufgetragen gewesen“, aber er verantwortete sich, indem der Herzog ihn deckte.



erinnerndes Bestreben, Ausnahmen aus gewichtigen Gründen zuzulassen, oder Sätze auf wichtige Fälle zu beschränken, wie z. B. cap. I die Befugnis der professiones (Fakultäten), ihre Statuten zu ändern, beschränkt wird: sed non nisi maximis de causis publicis atque utilitate urgente (was in Tübingen fehlt), und in cap. III die Tübinger Mult für den Professor der die Lektionen nicht lehrplanmäßig hält, dem Königsberger erspart bleiben soll, welcher 'causas valetudinis adfectae, publicorum negotiorum aut profectionum rite susceptarum satis probarit'.

Eine eigene philologische Untersuchung verdienten die Bestimmungen:

Const. Reg. (1546) Prooem. Primo autem omnium ut in domo patremfamilias a u t herum ita in Republica primarium virum, cui tota gubernatio committatur, esse oportet; . . . itaque praefecimus Academiae Rectorem.

Stat. Tub. (1537) cap. VII. Respublicae consiliis et magistratibus carere non possunt, utque in domo patremfamilias et herum, ita in rebus publicis senatus et principes esse necesse est. Publicum igitur consilium etc.

Stat. Reg. (1554) cap. VII. Republica Senatu atque magistratibus carere non potest. Ut enim in domo patremfamilias et herum, ita in Republica Senatores et principes esse necesse est. Universitatis itaque senatus etc.

Hier ist 1546 patremfamilias a u t herum gesund, 1537 und 1554 est et herum verdorben für die Zwecke der Analogie nur Senatus und Magistratur. Über Senatus und Consilium urteile ich nicht. —

Daraus scheint zu folgen, daß Königsberg 1554 außer Tübingen noch eine Quelle, oder alle drei eine gemeinsame Quelle hatten.

Weiter treten Bestimmungen über den Stundenplan entgegen, die in Tübingen fehlen, anderswo vorhanden sind, wenn auch nicht in der gleichen Weise. Von einer gewissen Wichtigkeit ist bei dem Stundenplan, daß sich aus ihm ergibt, daß für die drei obern Fakultäten in Königsberg je zwei Titulare in Aussicht genommen waren [1]). Wenn man dies erwägt, so ergibt sich für Königsberg von Anfang an ein Zwölf-Männer-Kollegium, in-

---

1) Daß ihrer von Anfang an zwei waren, bemerkt Arnold, I S. 166, trotz Töppen, S. 132, mit Recht.

dem je zwei Nicht-Artisten mit vier Artisten, dem Artistendekan und dem Rektor den Senat bilden. Es ist dies nicht ganz gleich dem Tübinger Statut. In Tübingen sind es alle Obern, und außer dem Dekane zwei gewählte Artisten, was mit dem Rektor zehn ausmachen würde; vielleicht waren hier für zwei der obern Fakultäten drei ordentliche Stellen vorhanden. Vor allem aber hat Tübingen den Ansatz zu einem Wahlsenat, während Königsberg die Inhaber der vier Artisten-Hauptstellen in den Senat bringt, und diese Hauptstellen sogar auch anführt. Königsberg hat daher nicht einen Wahlsenat, sondern einen Senat, der zum Teil Urversammlung der Ordinarien, zum Teil Repräsentation durch die Titulare der Hauptstellen ist. Da die Statuten sich nicht ganz klar darüber ausdrücken, wer denn zu bestimmen habe über die quatuor praecipui magistri ut sunt Professor Hebraeus, Philosophus, Graecus, orator et dialecticus, so ist es begreiflich, daß hier im Laufe der Zeit gewohnheitsmäßige Verschiebungen eintraten, und namentlich scheint die Tatsache, daß allmählich die Zahl der ordentlichen Stellen für die drei obern Fakultäten sich vermehrt hat[1]) zu einem Seniorensenat, nicht zu einem Wahlsenat, geführt zu haben[2]). Eine kgl. Kabinettsordre vom 28. Mai 1811[3]) macht

1) Die Statuten der juristischen Fakultät von 1616 sehen bereits Ordinariate vor (Arnold, Beilagen, Koch, preuß. Univ. I, 615) und fordern einen dritten persönlichen Ordinarius, der nicht mit im Senat sitzen soll.

2) Prutz, Die Königsberger Albertus-Universität im 18. Jahrhundert (S. 48) berichtet anschaulich über den Gegensatz der alten und jungen Professoren, nach den Herbart-Reliquien und Remer.

„Auch sonst hatte die Reorganisation der Universität in ihren Lehrkörper gewisse Gegensätze getragen, die das Gedeihen des Ganzen zu gefährden drohten. Es entstand eine Spaltung zwischen 'alten' und 'neuen' Professoren." Prutz referiert dann aus dem Gutachten von Remer: Schon wegen ihres höheren Gehaltes waren die 'neuen' Professoren für die 'alten ein Gegenstand unangenehmer Betrachtung.' Obenein waren die meisten von ihnen 'Ausländer', keine Ostpreußen. „Sie brachten neue Meinungen, fremde Ansichten, hier nicht gewöhnlich gewesene Lehrmethoden mit, ließen ihr Mißfallen an manchen hier eingewurzelten veralteten und dem jetzigen Zeitalter unangemessenen Gebräuchen, zum Teil vielleicht nicht ganz schonend, laut werden und wollten Änderungen entstehen sehen, die man hier nicht liebte." „Diese ganze Gruppe also," fährt nun Prutz fort, „recht eigentlich berufen, die Trägerin für die Zukunft der Universität zu werden, konnte offiziell in Universitätsangelegenheiten garnicht zu Wort kommen, da außer Remer von ihr niemand im Senat saß, der damals auch noch bei den Vorschlägen für Berufungen die entscheidende Stimme hatte. . . ."

3) Prutz, S. 49.

dem Seniorensenat ein Ende und läßt alle Ordinarien am Senat teilnehmen. Nach Prutz ist 1818 wiederum eine Änderung eingetreten [1]).

B. Rektor und Ehrenrektor.

Die Konstitutionen von 1546 lauten hier folgendermaßen:

„Principum, Comitum ac Baronum liberis qui in studiis hic versabuntur, etiam honoris causa Rectoratus deferri potest".

Die Statuten von 1554[2]) (Kap. VIII) sagen:

„Rectorem Principem administrationis Reipublicae Scholasticae legat Senatus virum pietate, prudentia honestate vitae atque eruditione spectatum, quem Reipublicae utiliter praefuturum speret, idque Professionum ordine, ex quibus binos Rector nominabit de quibus suffragia ineant. Nisi forte extra hos (nämlich Professores) aliquis hunc honorem virtute, generis nobilitate, fama dignitateque excellens mereatur, ut sunt Barones, Comites, Duces, Principes, quibus tamen nisi Senatui juramentum praestiterint, Scholae Magistratus committi non potest.

Nec cuiquam natio vel patria quo minus Magistratum capessat erit impedimento.

---

1) Ein Punkt, in dem die 1554er Statuten von Königsberg, mit Tübingen gehend, eine für die Universitätsentwicklung durchaus bezeichnende Verschiedenheit gegenüber den alten aufweisen, betrifft das Rektorat und soll unter B. dargelegt werden. — Der Romanist wird bei der Durchlesung der Königsberger Statuten von 1554 und ihrem Verhältnis zu den Tübinger an die Benutzung erinnert, welche Kaiser Justinian in der Abfassung seiner Jnstitutionen den Gajanischen angedeihen ließ.

2) Daß an diesen Statuten ein Jurist mit gearbeitet hat, ersieht man aus manchem Ausdruck: das zweite Kapitel spricht von dem öffentlichen Ärar der Universität und demandiert dessen Custodia dem Rektor und den Dekanen sowohl der drei oberen Professiones als der der Künste. „Singulis vero anni gradrantibus Professoribus sua dinumerabuntur stipendia. Singulae quoqeu Professiones suos fiscos et arculas custodient ac asservabunt ea diligentia, qua pro se quisque in rebus suis uteretur." Man bemerkt in dem letzten Ausdrucke die sog. diligentia quam in suis, welche dem Juristen wohl bekannt ist. Die Analogie der Vormundschaft hat es herbeigeführt, daß die Vorstandsprofessoren hier nicht die gewöhnliche strengere Haftung, sondern nur jene subjektiv gemilderte auf sich nehmen sollen. Auch sonst begegnen technische juristische Ausdrücke, wie satis facere, rationes reddere, und die Strafbestimmungen erinnern hie und da an die lapidare Kürze der zwölf Tafeln sind ganz anders als die Hallenser des Scheurl, von denen die Prolegomena vom Jahre 1862 mit Recht hervorheben, daß sie Klassizität mit Barbarei abwechselt.

At vero cui extra Professores, respectu nobilitatis, Magistratus mandabitur, illi adjungetur quasi Pro Rector vel ipse exacti semestris Rector vel alius vir bonus, gravis, doctus, ex Senatu huius universitatis."

Zwei Unterschiede treten hervor: 1. erwähnen die neuen Statuten den amtsführenden Prorektor, der dem Ehrenrektor zur Seite stehen soll, während die alten Statuten hiervon schweigen; 2. sodann denken die neuern Statuten an einen Mann von Stand, die ältern an das, was Puschkin „ein herrschaftliches Kind" nennt.

Hierin aber spiegelt sich wieder, was die Prolegomena von Halle (Verfasser ist Muther) in schönem Ausdruck den Wittenberger Statuten von 1508 vindizieren: „Die Zeit war vorgeschritten von der Universitas D. D. M. M. et scholarium zur Universitas D. D. et M. M.; . . . . . Übergang zur Universitas Professorum das ist der angestellten und besoldeten Lehrer, nicht ferne." — Die Statuten von 1546 denken an einen Studentenrektor, wie ihn die Leipziger von 1543 in Kap. 1 ins Auge fassen: „In quo tamen hoc placuit, ut si forte alicui duci, comiti, baroni qui studiorum gratia huc se contulerit, minori annis vigintiquinque hic magistratus vel ipsius honoris vel utilitatis rei scholasticae causa mandatus sit (quod fieri potest et licet), tum igitur placuit adjungi aliquem virum talem, qualem supra descripsimus, qui tamen pro Rectore universitati scholasticae praesit et sua prudentia atque auctoritate omnia gubernet."

Hier ist der studentische Rektor gemeint, der erklärlich wird nur aus der alten Verfassung her, welche die hallensischen Prolegomena in der soeben angeführten Stelle kennzeichnen und welcher, wie eben dieselben Prolegomena erzählen, in Basel auch einmal als Trutzrektor gewählt wurde [1]. Ein solcher Rektor ist nur denkbar in der Universität, bei der die Studenten mit zur selbstverwaltenden Korporation gehören und ihre Rechte selbständig mit ausüben. Hier geht das aktive Wahlrecht in ein passives über. Für die Professorenuniversität von Königsberg ist für einen solchen Rektor kein Raum, und folgerichtig verwandeln die Statuten von 1554 den adligen Studentenrektor in einen adligen Rektor überhaupt. Ihm soll ein Prorektor zur Seite stehen, wie dem

1) In Erfurt studierten drei markgräfliche Brüder, deren ältester mit 18 Jahren Rektor an der Universität wurde. Seckel, Beiträge zur Geschichte beider Rechte im Mittelalter. I S. 31 ff.



Studentenrektor von Leipzig. So ist das Institut des adligen, und wie für Königsberg wohl allein praktisch, des hochadligen Rektors, dadurch ermöglicht worden, daß Universitäten, als noch Lehrer und Lernende gemeinsam wählten, auch einen Lernenden zum Rektor wählen mochten und hierzu einen vornehmen Jüngling allein ins Auge faßten, obwohl dieses Rektorat nicht nur ipsius honoris, sondern auch utilitatis rei scholasticae causa möglich sein sollte.

Einen solchen Ehrenrektor früherer Observanz wählte die Universität aus ihrer Mitte; der Ehrenrektor der späteren Zeit sollte ein hoher Herr von außerhalb der Universität sein.[1]) Das bei Prutz (S. 36) angeführte Memoire nennt als solche fürstlichen Ehrenrektoren namentlich den Herzog Albrecht Friedrich (1667), Herzog Christian zu Braunschweig-Lüneburg (1651) und, als Kronprinzen, Friedrich Wilhelm I. (1701—13). Man ersieht hieraus, daß die Ehrenrektoren, auch die im Mannesalter stehenden, ursprünglich gedacht waren als wechselnde Jahres- oder Semesterrektoren, wie denn der Herzog zu Braunschweig-Lüneburg ein landfremder Fürst ist. Dagegen aber tritt uns der Ehrenrektor als Angehöriger des regierenden Hauses offenbar als dauernd entgegen in der Gestalt von Friedrich Wilhelm I. als Kronprinzen. Es ist nicht der Landesherr, aber es ist der Prinz, dem Throne der Nächste, der dauernd das Rektorat führt. Vorbereitet ist dieses Dauerrektorat durch die Entwicklung von Halle: Sowie Herzog Albrecht für seine Universität die Bestätigung durch die Krone Polen erstrebt, nachdem der Kaiser sich hierfür versagt hat, so bedarf Kurfürst Friedrich III. von Brandenburg für die im Reiche gelegene Universität Halle des Privilegs von Seiten des Kaisers Leopold: Leopold nennt in seinem Privileg den professoralen Rektor: 'Pro Rectorem et Pro Cancelarium' "manente penes principem electorem uti fundatorem, et successores suos, dignitate Rectoris et Cancelarii"; deswegen wird auch wohl gesprochen von 'Pro Rectori, seu rectoratus munere functuro';[2]) und

1) Auch die englischen Universitäten haben an ihrer Spitze als Kanzler eine jener „königlichen Existenzen", deren nach Bismarcks Wort England eine so große Zahl beherbergt; so ist Lord Curzon Kanzler von Oxford, so war der kürzlich verstorbene Herzog von Devonshire (einst Lord Hartington) Kanzler von Cambridge und hatte als solcher noch jüngst einen Aufruf für seine Hochschule erlassen

2) Wie in den Entwürfen der Königsberger Statuten wird hier der ausführende professorale Rektor als „Prorektor und künftig allenfallsiger Rektor" bezeichnet.



die Statuten von 1694 bemerken: 'Serenissimus ac Potentissimus Elector Brandenburgicus etc. dominus noster clementissimus quotannis submisse rogandus est, ut eminentissimum hoc Academiae Regimen sive Rectoratum vel benignissime retinere vel alii Serenae aut illustri Personae conferre velit, ex quo decus et tutamen Alma haec nostra sibi promittere valeat certissimum'.[1])

Der Kurfürst, der vom Kaiser das Privilegium erhält, wird zugleich als künftiger Ehrenrektor gedacht; doch soll er nicht Rector perpetuus sein, sondern die Würde alljährlich ihm oder einem Delegaten fürstlicher oder erlauchter Persönlichkeit nach seinem Winke zu Füßen gelegt werden. Man beachte, daß der Reichsfürst selbst als Rektor für Halle gedacht wird, während der

1) Ich kann mich nicht entbrechen, als Gegenstück das 24. Kapitel der lex municipalis salpensana hierher zu setzen, in welchem der Fall behandelt wird, daß das municipium dem Kaiser den Ehrenduumvirat anträgt: R(ubrica). De praefecto imp. Caesaris Domitiani Aug. Si eius municipi decuriones conscriptive municipesve imp. Caesari Domitian. Aug. p. p. II viratum communi nomine municipum eius municipi detulerint, imp. que Domitianus Caesar Aug. p. p. eum II viratum receperit et loco suo praefectum quem esse jusserit, is praefectus eo iure esto, quo esset si eum II vir(um) i(ure) d(icundo) ex h(ac) l(ege) solum creari oportuisset isque ex h. l. solus II vir i. d. electus esset. Hier wird vorgesehen, daß der Stadtrat oder die Gemeindeversammlung von Salpensa dem Kaiser Domitian das Duumvirat (natürlich sine collega) anbietet, und er es annimmt, indem er zngleich einen Präfekten ernennt, der an seiner Stelle die Geschäfte führen soll: nach dieser Ordnung tritt der vom kaiserlichen Ehrenduumvir zu ernennende eine Präfekt an die Stelle beider amtierenden Duumvirn, und die Wahlberechtigung der Körperschaft für dieses Jahr ist durch die Wahl des kaiserlichen Ehrenduumvirn erschöpft; die römische Beamtenstellung verträgt als Vikar nur einen vom Beamten ernannten Delegaten (Präfectus). Das Universitätsleben verträgt neben dem Ehrenrektor einen durch die Wahl der Korporation ihm substituierten amtsführenden Prorektor. Wenn der Landesherr das Ehrenrektorat delegiert, so delegiert er es eben als Ehrenrektorat, nicht zum Zwecke der Amtsführung; da Amt wechselt nach der Wahl von seiten der Korporation, oder wie in Halle, im Turnus. — Da ich auf das römische Munizipalrecht komme, so will ich folgende Parallele erwähnen: Wir haben viele Universitätsstatuten, eins nach dem andern gearbeitet, aber wir haben kein Formular, von dem sie alle herrührten. — Dies gibt ein gewisses Argument dafür, daß (wie dies die schließliche Ansicht von Mommsen gegen Savigny war) in Rom keine Lex municipalis als allgemeines Schema der Städteordnungen publiziert war, sondern jede Landstadt ihre Ordnung selbständig durch ihren Gründer, wenn auch im engen Anschluß an die vorangegangenen erhielt. Ja man kann die deductio coloniae, die Gründung der Colonia, mit der constitutio municipii, der Neuorganisation des bestehenden Municipium, in dasselbe Verhältnis bringen, wie die Gründung einer neuen Universität mit der Erteilung neuer Statuten an eine alte.

souveräne König von Preußen eben von dem Jahre ab, wo er sich in Königsberg die Krone aufs Haupt setzte, mit der Würde des Ehrenrektors den Kronprinzen bedachte. So ist auch der pfälzische Kurfürst, als er 1803 Heidelberg reorganisiert, noch Reichsfürst, und so behält er sich des Rektorat vor, und zwar sich und seinen Nachfolgern am Fürstentum ohne Erwähnung der Möglichkeit einer Delegation.[1]) Auf diese Weise haben wir in Preußen, und zwar für Königsberg, das kronprinzliche Rektorat während langer Zeiträume gehabt, indessen in andern deutschen Staaten der Landesherr Ehrenrektor war und ist[2]); wo eine oder wenige Universitäten im Lande sind, kann der Landesherr auch eher selbst die Würde führen; wo viele Universitäten sind, ist die Bevorzugung einer einzelnen bedenklich[3]); Prinz Albrecht von Preußen, Regent von Braunschweig rückte durch das Rektorat von Göttingen in diesem Punkte für seine Person in die Nachfolge des Königs von Hannover ein.

Das alte Statut von Greifswald (1545) verfügt für das professorale Rektorat einen Turnus und läßt das Ehrenrektorat ohne fungierenden Prorektor in folgender Weise zu: Tit. I c. V (. . . ut habeatur ratio ordinis qui observari solet inter facultates) nisi ex senatus consulto decretum fuerit exemplis pristinis huius et aliarum academiarum, creare aliquem ex prosapia Principum, Comitum aut Baronum, qui in nostra academia politiori humanitati operam navant, quorum industria vel auctoritate rei litterariae commodum plurimum iuvari ac promoveri posse iudicabitur.

Kap. VI Si vero res postulat, integrum permittimus ut alius quispiam Ecclesiastici vel Equestrris ordinis, huic Rectoratus officio praeficiatur, modo is sit qui doctrinâ prudentiâ et multâ rerum experientiâ caeteris praestantior existimetur. — Vom Prorektor ist da nicht die Rede.

Hier wird also unterschieden zwischen vornehmen Angehörigen der Universität und andern geistlichen oder ritterlichen Herren. Die Rektoren von Stand werden — das erwartete man — das Beste der Universität durch Energie und Auctorität fördern, die

1) Vgl. S. 279. — Ebenso für Freiburg.

2) So ist auch der Großherzog von Hessen Rector magnificentissimus seiner Landesuniversität; doch heißt dort der Professor magnificus Rector, nicht Prorector.

3) Friedrich Wilhelm IV. behielt als König das Rektorat von Königsberg bei: damals hatte Preußen keinen Kronprinzen.

andern Ehrenrektoren möchte man ansehen wie heute die Ehrendoktoren, die den Ehrenlohn für Leistungen in dieser Würde empfangen.

Wiederum anders Halle 1696 § 5: „eligendus sit Doctor, Licentiatus vel quattuor annorum magister aut superiorum facultatum Baccalaureus, vel saltem alius de honesto sanguine et bonorum morum, aut eminentis scientiae.“ Hier sind die drei Möglichkeiten des graduierten, des vornehm wohlerzogenen und des hochgelehrten Rektors in einem Kapitel als gleichberechtigt nebeneinander gestellt.

II. Palästra Albertina.

Von altersher bestehen an der Universität Königsberg eine reichliche Zahl von Stipendien, bei deren Verwaltung nur das zu beklagen ist, daß man sich nicht dazu entschließen kann, wenige große Stipendien für Talente zusammenzulegen, und die reichlich vorhandenen Gelder vielmehr dazu verwendet, viel zu vielen durch kleine Beihilfen es zu ermöglichen, daß sie ein unfruchtbares Studium weiter führen. — Darüber hinaus ist in jüngster Zeit ein Institut geschaffen worden, welches der gesamten Studentenschaft, arm und reich, in gleicher Weise dient, und bereits für Breslau in gewissem Sinne als Vorbild hat dienen können. — Man konnte an dieser Anstalt beobachten, wie ein vortrefflicher Gedanke zuerst mit den Schlacken der zufälligen Erfahrung des Urhebers behaftet, sich bei großer Passivität mancher Kreise durch die Energie eines einzelnen Professors realisiert, wie das Werk unter unsäglichen Schwierigkeiten sich hält, bis die Allgemeinheit mit einem kühnen Griff saniert, indem sie unter Modifikation des ursprünglich gesetzten Zweckes das minder Brauchbare ausscheidet, und so das wirklich Brauchbare erhält: In den achtziger Jahren stellte ein ostpreußischer ehemaliger Hörer der Albertina, der in Amerika eine große Stellung als Arzt sich errungen hatte [1], der Albertina Grundstücke und Geldmittel für ein Studentenheim zur Verfügung, eine Anstalt, welche nach seiner Auffassung „der körperlichen Ausbildung der an der Universität zu Königsberg Studierenden

1) Dr. med. Friedrich Lange, jetzt Ehrendokor der Rechte von Königsberg.

2) Vorsitzender der Direktion war von Anfang an der Professor, unter dessen Rektorat die Universität der Sache näher getreten war, der den Vorsitz als Rektor übernommen und dann weiter behalten hatte, während der hochverdiente Schatzmeister Dr. Robert Simon der Anstalt bald durch einen frühen Tod entrissen und durch den Generalkonsul Otto Meier ersetzt war, der dies Amt (wie dasjenige des Direktors ein Ehrenamt), an die 10 Jahre geführt hat.

dienen sollte, aber auch von andern Kreisen benutzt werden dürfe, und von welcher alles fernzuhalten sei, was sie den Zwecken einer politischen Partei oder einer religiösen Richtung dienstbar machen könnte.“ Es wurde für dies Unternehmen die juristische Form eines Vereins gewählt, da es neben den Spenden des Begründers durch Beiträge der Mitglieder über Wasser gehalten werden sollte, und dieser Verein erlangte 1894 nach vielfachen Bemühungen Korporationsrechte. 1894 wurde beim Universitäts-Jubiläum der Grundstein gelegt, und 1898 das vollendete Gebäude eingeweiht, wobei der Oberpräsident Graf Bismarck den Kaiser und König vertrat.[2]) Die Anstalt umfaßte einen Turnsaal, einen Fechtsaal, bald darauf ein Schwimmbad, eine Kegelbahn, Lawn-Tennis-Plätze, daneben einen großen von einem Ökonomen bewirtschafteten Eßsaal für Studierende, und eine Anzahl Räumlichkeiten, welche nach der Absicht des Begründers den Korporationen der Universität als Vereinslokale dienen sollten. Dieser letztere Gedanke, welcher der Niederschlag amerikanischer Einrichtungen war, erwies sich nicht als so glücklich, wie die allerdings auch aus Amerika dem Begründer bekannte und von ihm übernommene Großherzigkeit der Sorge eines Privaten für das allgemeine Wohl. Während die Schwimmanstalt, der Turnsal und die übrigen sportlichen Einrichtungen beim besten Willen einem Tadel nicht unterzogen werden konnten, waren die Ansichten über die Zweckmäßigkeit des Nebeneinandertagens vieler Korporationen in getrennten Räumlichkeiten desselben Hauses von Anfang an nicht ohne Grund geteilt. Die Mitgliederbeiträge blieben unter derjenigen Zahl nnd Höhe, die man, vielleicht allzu optimistisch, vorausberechnet hatte. Es erwies sich als schwierig, einen Ökonomen zu finden, dessen Leistungen auch Minderwohlwollende befriedigten: Da war es ein Segen für das Institut, daß die Regierung (1904) eine Anzahl von Vereinsräumlichkeiten und einen Saal für die Universitätsseminare mietete, für welche das Gebäude der Albertina Raum bot, und daß so die frei bleibenden Räume bei sanierten finanziellen Verhältnissen fortan, in der Mehrzahl, der körperlichen Rüstigkeit der Studierenden und ihrer leiblichen Verpflegung zu dienen hatten: die Freitische der Universität waren alsbald hauptsächlich in die Palästra gelegt worden. Mit unsäglichen Schwierigkeiten hatte die Direktion zu kämpfen gehabt; ihre Arbeit und Mühe, ihre entsagungsvolle Duldung ungerechtfertigter und halb gerechtfertigter Angriffe wurden dadurch belohnt, daß die Be-

teiligung der Regierung dem Unternehmen eine Sicherheit gab, welche in der von dem idealistischen Begründer erhofften Selbsthilfe und Unterstützung der beteiligten Kreise doch nicht ausreichend zu gewinnen war [1]).

Es ist jetzt für die Studierenden Königsbergs nicht nur ein Raum da für körperliche Ausbildung in der dem gesunden Menschen nützlichen Art und ein studentisch allgemeiner und gemeinsamer Tisch (mensa academica), sondern es ist ein für allemal auch das Augenmerk auf eine dem Wohlstand und dem gemeinen Nutzen entsprechende körperliche Ausbildung gelenkt. Alljährlich finden im Anschluß an die Palästra Wettspiele statt, welche zudem eine in der heißen Jahreszeit vom Ende Juni manchem erfreuliche Ausspannung von zwei Tagen aus dem Vorlesungsbetriebe herbeiführen.

Die Palästra ist aber auch für die Ausbildung der Studierenden zu selbstbewußten und sogar zu juristisch denkenden Männern dadurch von hohem Werte, daß sie zur Selbstverwaltung auch die Studierenden zuläßt: alljährlich findet eine Generalversammlung statt, an der die Studierenden sich beteiligen; der Palästra-Convent der Studierenden ist eine Institution, welche den Studenten Gelegenheit gibt, sich auch außerhalb der normalen Universitätsangelegenheiten praktisch und in vertrauensvollem herzlichen Verkehr mit ihren akademischen Lehrern zu finden; die Debatten der Generalversammlung, die keinen Unterschied machen zwischen den angejahrten und den jüngsten Mitgliedern, wurden stellenweise mit einer ebenso erstaunlichen wie ehrenvollen Offenheit geführt.

Der Palästra Albertina gehören die Studierenden mit einem Beitrage von M. 2.— pro Semester von rechtswegen an; wie ich erfahre, ist die Summe durch freiwilligen Beschluß der Studentenschaft auf M. 2.50 erhöht worden, und dadurch die Möglichkeit geschaffen, einen Universitätssportplatz mit Beihilfe der Palästra zu gewinnen.

Daß es erfreulich ist, wenn die Studentenschaft neben der Tätigkeit, die einzelne Gruppen im kleineren, korporativen oder wissenschaftlichen, Kreise aneinander schließt, auch gemein-

1) Hierbei zeigte sich der Vorzug des Vereins vor der Stiftung: der Verein beschließt Abänderungen des Statuts durch die in frischer Ergänzung sich erneuernde Mitgliederversammlung, die Stiftung durch den Vorstand; in beiden Fällen mit landesherrlicher oder oberbehördlicher Genehmigung.



same Verwaltungsinteressen und Fortbildungsinteressen ihrer Gesamtheit selbständig fördert, leuchtet ein, und man kann in der Palästra und dem, was sich an sie angliedert, eine zeitgemäß verjüngte Form der alten Lehrer- und Lerner-Universität erblicken. Es ist nicht mehr die freie Korporation vergangener Jahrhunderte; der Staat hat auf die Lehre seine schützende, auf die Verwaltung seine begrenzeude Hand gelegt: aber in diesen Grenzen kann die Studentenschaft auf der Grundlage einer um ihretwillen geschaffenen Anstalt ihr eigenes Wohl in die eigene Hand nehmen; wer wollte den Fortschritt verkennen.[1])

III. Das Kypkeanum und das Rhesianum.[2])

Die Palästra dient der Gegenwart und Zukunft; auch die Vergangenheit hat im Kreise der Albertina ihr Denkmal in den

1) Friedberg, Universität Leipzig 1898 S. 28/29 sagt von dem Professor, dem Leipzig einst den größten Fortschritt als Korporation verdankte: Es ist das Verdienst Caspar Borners . . . „beides erlangt zu haben nicht ohne die größten Beschwernisse, in „hartem Kampfe mit der Stadt Leipzig, den Landständen und „selbst den Amtsgenossen, unter Aufopferung seiner besten Lebenskraft."

„Ein Konvikt, d. h. eine billige sehr stark benutzte Speiseanstalt für Studenten wurde errichtet, deren Leitung Borner selbst übernahm, nicht ohne auch dabei herbe Erfahrungen zu machen." „Kränkend war es namentlich für ihn, daß die „mit der Verpflegung unzufriedenen Konviktoristen die bemängelten Speisen in „feierlichem Zuge durch die Straßen der Stadt trugen. Zarncke, Kleine Schriften „II 92." Auch in dieser Beziehung ist heutzutage immerhin ein Fortschritt zu bemerken.

2) Über die Bursen von Freiburg, die man trotz Stifterwillens in Stipendien verwandelt hat, verdanke ich der Güte des Herrn Dr. Hermann Mayer, Professor am Bertoldgymnasium in Freiburg, folgende Nachricht: „Burse bedeutet ursprünglich Börse, Haus, Beitrag, sodann eine Gruppe von gemeinsam lebenden Studenten, endlich die Wohnung derselben. — In Freiburg sind solche Bursen offenbar gleich mit der Gründung (1457) bezw. Eröffnung (1460) der Universität entstanden. Schon die ältesten Statuten der Schule, publiziert am 10. August 1460, setzen dieselben als bestehend voraus. Um dieselbe Zeit bestanden auch schon besondere (uns erhaltene) Bursenstatuten. — Sie gehören teils direkt zur Universität, sind ihr untergeordnet und ihrem Organismus eingefügt; der jeweilige Rektor hat die Pflicht der Inspektion, zwei seitens der Universität (Artistenfakultät) gewählte Magister stehen an der Spitze. So war es mit den zwei Bursen der Pfauen- und der Adlerburse, jene die der Nominalisten, diese der Realisten. Das Haus jener hatte der Magistrat der Stadt den Professoren zum Bewohnen überlassen, das dieser wurde von der Fakultät angekauft. (Beide waren da, wo jetzt die Universität steht, Bertholdstraße 17. Näheres über diese Art von Bursen wird ein Aufsatz von mir über „Joh. Eck in Freiburg" im 35. Jahrlauf der Zeitschrift des Breisgauvereins Schauinsland (Freiburg i. Br. demnächst bringen). — Dazu wurden abe im Verlaufe der Zeit (1496, 1531, 1537 u. s. f.) noch durch besondere

Instituten, welche gegen Ende des 18. Jahrhunderts der Professor Kypke und um die Mitte des 19. Jahrhunderts der Professor Rhesa (nach dem Muster des ersteren) letztwillig stifteten.[1])

Kypke hatte, wie er in seinem Testament erzählt, es peinlich empfunden, daß die Studierenden wohl Geld durch Stipendien, aber nicht seelische Förderung und Sicherung gegen Versuchungen — durch unentgeltliche und beaufsichtigte Wohnung hätten. Er bestimmte daher sein ganzes Vermögen zur Errichtung eines Gebäudes, in welchem eine Anzahl Studierender unter der Aufsicht eines akademischen Lehrers unentgeltlich wohnen sollte. Der Polizeistunde seiner Zeit entsprechend bestimmte er, daß die ‚Benefiziaten' um 10½ Uhr Abends (wie die Soldaten nach dem Zapfenstreich bezeichnete es vortrefflich ein Gegner dieser Maßregel) in der Anstalt zu sein hätten; Hausschlüssel erhielten sie nicht. Im übrigen unterstellte er sie der beinahe schrankenlosen Aufsicht des Inspektors, welcher unter anderm jeden, der auch nur eine Nacht im Semester außerhalb des Hauses verweilte, ohne weiteres entlassen durfte; das Aufsichtsrecht über

---

Stiftungen einzelner Professoren und anderer eine zweite Art von Bursen oder Kollegien ins Leben gerufen, so das Kollegium Sapientiae, das Kollegium Battmanicum (S. Hieronymi) das Kollegium S. Galli u. a., alle auch mit ausführlichen eigenen Statuten. — Und endlich gab es noch eine Art Privatbursen, von einzelnen Magistern mit besonderer Genehmigung der Universität eingerichtet. — Im Verlaufe des 16. Jahrhunderts verfielen die Bursen immer mehr, und die beiden erstgenannten, Pfauen- und Adlerburse, werden 1620 bei Einführung der Jesuiten an der Universität diesen eingeräumt. Später wurden die Häuser nach langwierigen Verhandlungen an die Gesellschaft Jesu 1700 um 3000 fl. verkauft. Als solche scheinen die Bursen während der Wirren des dreißigjährigen Krieges eingegangen zu sein; wenigstens wird schon während und nach demselben in den Protokollen und sonst nirgends mehr ihrer Erwähnung getan. — Die an zweiter Stelle genannten Stiftungen bestehen, soweit nicht ihre Fonds während des dreißigjährigen Krieges verloren gegangen sind, als Stipendienstiftungen, auch nachdem das Zusammenleben der Stiftlinge längst aufgehört hat, heute noch."

1) Über frühere Einrichtungen der Art, die mit der Universität organisch verbunden waren s. Arnoldt, Königsberger Universität II 46: „Es sind aber auf dem akademischen Kollegio überhaupt zwanzig Stuben vorhanden, auf welchen teils die Alumnaten umsonst, teils einige andere arme Studiosi für einen geringen Zins logieren. Die Zinsen für diese Stuben, so nach der ungleichen Größe derselben verschieden sind, sammelt der Oberschulinspektor und werden dieselben mit zur Erhaltung dieses Gebäudes verwendet." Goldbeck S. 56 erwähnt noch ein Groebenhaus in Königsberg; da dies nichi mehr existiert, so scheint hier auch in Königsberg der Vorgang sich abgespielt zu haben, der in Freiburg im Allgemeinen statt hatte (s. vorige Anm.).

den Inspektor sollte der Senat handhaben. So trat das Institut in Wirksamkeit, und ihm nachgebildet ein halbes Jahrhundert später das Rhesianum. Die Hausordnung hatte sich überlebt, nachdem die Polizeistunde geändert war, sie bedeutete, daß die „Benefiziaten" die Wohnungsfreiheit mit der menschlichen Unfreiheit erkaufen mußten. Nicht nur aus dem Wirtshause hatten sie sich zu entfernen, wenn ihr 'Zapfenstreich' schlug und nicht Urlaub erteilt war: eine Einrichtung, welche am letzten Ende eine für unsere Zeit unerträgliche Verhöhnung der Armut darstellte. Die Studentenschaft war an der Verwaltung der Institute natürlich nicht beteiligt.

Es war daher eine Erlösung, als vor etwa 10 Jahren der neu gewählte Inspektor Kypkeani „die sogenannte Verfassungsmäßigkeit" dieser Hausordnung „wie Spinnewebe zerriß", und unbekümmert um das, was der Stifter für seine Zeit vielleicht mit Recht festgesetzt hatte, die Studenten im Kypkeanum wie erwachsene und freie Männer zu behandeln anfing. Wie es denn eben zu geschehen pflegt, konnte die überlebte Hausordnung im Rhesianum sich gegenüber den Kypkeanischen Neuerungen nicht halten,[1]) und als interimistischer Inspektor Rhesiani führte der Inspektor Kypkeani alsbald seine Maßnahmen auch hier ein, bis das alte Gebäude verkauft war und dadurch die Finanzen der Stiftung saniert wurden. Während des Interimistikums bis zum Kaufe eines neuen Grundstücks und der Errichtung eines neuen Gebäudes wurden die Zinsen des Kapitals von 250000 M.[2]) für Stipendien verwendet, und im Jahre 1904 wurde das Rhesianum zur Ausübung der im Kypkeanum eingeführten segensreichen Hausordnung einem vom Konzil gewählten Konziliar übergeben.

1) Es wurde im C. G. vor einigen Jahren der Antrag eingebracht, beide Stiftungen unter der Bezeichnung „Kypke-Rhesastift" unter einem Inspektor zu vereinen. — Der Antrag verhieß eine bedeutende Ersparnis an Verwaltungskosten und machte für die Studierenden eine erhebliche Summe frei, — aber ich kann mich jetzt, im Hinblick auf die Tatsache, daß leider die Inspektion nach der neuen Hausordnung auf Lebenszeit übertragen wird, doch dem Gedanken nicht verschließen, daß das Vorhandensein zweier Inspektoren eine Chance gibt, dem hinter der Zeit zurückbleibenden einen Institut durch die belebende Kraft eines jüngeren Inspektors im Schwesterinstitut aufzuhelfen. Sowie die Diätenlosigkeit der Abgeordneten dem Begründer des Reichstagswahlrechts eine kompensatorische Kraft zu haben schien, so mag durch die Zweizahl der Institute die Lebenslänglichkeit der Inspektorenwahl tolerabel werden.

2) Soviel betrug das Vermögen des Rhesianum nach dem Verkauf des Hauses.

Zu beklagen ist an den neuen Satzungen nur eins: das Testament Kypkes (von 1774): setzte fest, daß Inspektor sein solle ein Professor usw. oder Magister, „der diese Stelle lebenslänglich behalten kann“. Es liegt auf der Hand, daß dies (aus „behaelt“ der Deutlichkeit wegen korrigierte) „behalten kann“ nicht bedeutet, daß er von vornherein auf Lebenszeit gewählt werden müsse, sondern nur, daß einer lebenslänglichen Inspektionsdauer nichts im Wege stehe, und wenn man beschlossen hätte, die Wahl auf eine Reihe von Jahren (etwa 5 oder 7) vorzunehmen, so wäre dies ein immenser Fortschritt gewesen (vgl. das beim Curator Stipendiorum gesagte S. 258); statt dessen enthalten beide neuen Hausordnungen in dem § 5 die unglückliche Bestimmung: „Der Inspektor wird auf Lebenszeit gewählt, . . .“

Ich habe an der Verfassung der Universität Königsberg hier nicht alles gelobt; aber indem ich dieses schreibe, erfüllt mich die Empfindung: Konzilsverfassung oder Senatsverfassung: möge es der Universität Königsberg niemals an Männern fehlen, die schöpferisch und entsagungsvoll wie der erste Direktor der Palästra, jugendkräftig und treffsicher wie der Inspektor Kypkeani sich der Studierenden auch außerhalb der Lehrtätigkeit annehmen; dann wird das Wohl der Albertina in guter Hand sein.

Druck von J. B. Hirschfeld in Leipzig.

Druck von J. B. Hirschfeld in Leipzig.



